

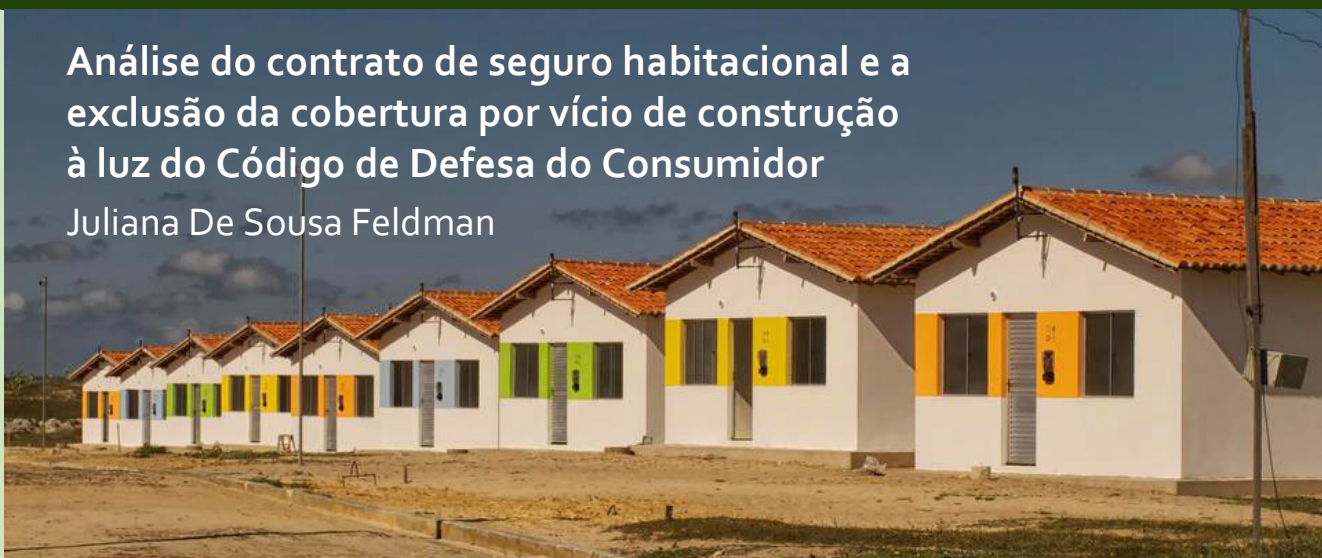
REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXXI - N. 145 - ABRIL / JUNHO DE 2020 - ISSN 1982-1506

Análise do contrato de seguro habitacional e a exclusão da cobertura por vício de construção à luz do Código de Defesa do Consumidor

Juliana De Sousa Feldman



Ponderações acerca da prolixidade das petições e a garantia da celeridade da tramitação processual

Cléber Leandro Nardeli

O direito de autor, o direito ao reconhecimento da autoria e o debate acerca do "ghost writer"

Leonardo Estevam de Assis Zanini

A moderação do Judiciário e a missão da lei: reflexões sobre a distinção entre união estável e casamento

Douglas Camarinha Gonzales

Adriano Jamal Batista



Vertentes classificatórias da Constituição

Reis Friede

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Baptista Pereira

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 XXXI	n. 145	p. 1-507	Abr./Jun. 2020

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Baptista Pereira

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Renata Bataglia Garcia / Silvio Pires de Queiroz

Capa: Paulo Polimeno

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⁾

MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99 - Presidente⁽²⁾
 CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002 - Vice-Presidente⁽³⁾
 MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 - Corregedor-Regional ⁽⁴⁾
 DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
 Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
 ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
 MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
 NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
 Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
 FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98
 THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
 NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
 Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
 Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
 NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
 SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
 ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
 LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
 Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
 ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
 Maria LUCIA Lencastre URSALA - 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
 Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013 ⁽⁵⁾
 DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013
 MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
 GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
 HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
 PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014
 WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
 NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016
 VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016
 CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016
 INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018
 José CARLOS FRANCISCO - 06/02/2020
 João BATISTA GONÇALVES - 23/04/2020

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 20/05/2020.

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

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

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA
WILSON ZAUHY - Presidente
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
CARLOS FRANCISCO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO - Presidente

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA - Presidente

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
FÁBIO PRIETO - Presidente
JOHONSOM DI SALVO
SOUZA RIBEIRO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO
PAULO DOMINGUES - Presidente
CARLOS DELGADO
INÊS VIRGÍNIA

NONA TURMA:

DALDICE SANTANA - Presidente
GILBERTO JORDAN
BATISTA GONÇALVES
LEILA PAIVA - Juíza Federal

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
THEREZINHA CAZERTA
LUIZ STEFANINI
DAVID DANTAS - Presidente

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO - Presidente

EX-DIRETORES DA REVISTA

GRANDINO RODAS (30/03/1989 a 11/04/1993)
DIVA MALERBI (02/05/1993 a 01/05/1995)
ANA SCARTEZZINI (02/05/1995 a 27/03/1998)
SUZANA CAMARGO (19/06/1998 a 01/05/2001)
MARLI FERREIRA (02/05/2001 a 04/05/2003)
SALETTE NASCIMENTO (05/05/2003 a 01/05/2005)
NEWTON DE LUCCA (10/06/2005 a 01/05/2007)
FÁBIO PRIETO (21/06/2007 a 03/03/2010)
EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)
ANTONIO CEDENHO (08/03/2012 a 14/03/2014)
LUCIA URSAIA (15/03/2014 a 02/03/2016)
NERY JÚNIOR (03/03/2016 a 14/03/2018)
ANDRÉ NEKATSCHALOW (15/03/2018 a 11/03/2020)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Análise do contrato de seguro habitacional e a exclusão da cobertura por vício de construção à luz do Código de Defesa do Consumidor

Juliana De Sousa Feldman..... 15

Vertentes classificatórias da Constituição

Reis Friede 33

A moderação do Judiciário e a missão da lei: reflexões sobre a distinção entre união estável e casamento

Douglas Camarinha Gonzales

Adriano Jamal Batista.....47

O direito de autor, o direito ao reconhecimento da autoria e o debate acerca do “ghost writer”

Leonardo Estevam de Assis Zanini 63

Ponderações acerca da prolixidade das petições e a garantia da celeridade da tramitação processual

Cléber Leandro Nardeli 77

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Contrato administrativo. INFRAERO. Alvará de funcionamento e licença de obras do aeroporto em situação irregular perante o município. Dano material e moral. Indenização.

ApCiv 0024110-62.2009.4.03.6100

Desembargador Federal Nelton Santos 93

Servidor público. Ação anulatória/condenatória. Laicidade do Estado x liberdade religiosa. Hermenêutica. Harmonização dos princípios constitucionais. Punição disciplinar por citação de versículo bíblico em comunicados internos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Ausência de previsão normativa que admita tal restrição da garantia fundamental de crença. Razoabilidade do exercício e ausência de prejuízo ao interesse público. Ausência também de previsão normativa para as punições. Anulação das punições disciplinares. Danos morais cabíveis, na situação de abusiva, grave e duradoura restrição da garantia fundamental.

ApCiv 0001199-60.2012.4.03.6000

Desembargador Federal Souza Ribeiro 100

Servidor público. Cargo técnico do seguro social. Pedido de reenquadramento. Alegação de exercício de atividade típica de analista do seguro social. Desvio de função não ocorrido. Exercício de atividade compatível com suporte e apoio técnico especializado às atividades de competência do INSS. Indevida indenização.

ApCiv 0015991-10.2012.4.03.6100

Desembargador Federal Hélio Nogueira 151

ANTT. Recursos Excepcionais (Especial e Extraordinário). Resolução nº 4.799/2015. Ilegalidade. Lei nº 11.442/2007. Limitação a 3 (três) do número de veículos registrados em nome do transportador autônomo de cargas junto à ANTT. Exigência apenas de comprovação de ser proprietário, coproprietário ou arrendatário de pelo menos 01 veículo automotor de carga registrado em seu nome.

REsp ApCiv 0005912-12.2016.4.03.6106

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 167

Servidor Público. Regime de previdência complementar. Enquadramento. Ilegitimidade passiva FUNPRESP. Legitimidade passiva União. Data de ingresso. Nomeação e posse.

ApCiv 5001151-83.2017.4.03.6115

Juíza Federal Convocada Denise Avelar 171

Usucapião ordinário. Justo título. Imóvel arrematado em hasta pública. Carta de arrematação expedida. Obstáculos ao registro imobiliário. Bem anteriormente pertencente à RFFSA. Desafetação deduzida. Requisitos da usucapião presentes.

ApCiv 5001326-13.2018.4.03.6125

Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 175

Mandado de segurança. Exame Nacional de Desempenho de Estudantes - ENADE. Não comparecimento. Colação de grau. Expedição de diploma.

RemNecCiv 5000724-61.2019.4.03.6133

Desembargadora Federal Marli Ferreira 177

Ação Civil Pública. Calendário do exame do ENEM 2020. Contexto da pandemia de COVID-19. Escolas fechadas. Aulas suspensas. Falta de estrutura domiciliar em um país de considerável desigualdade social. Alunos que não dispõe de rede de internet adequada ou de material didático suficiente.

AI 5009376-02.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Antonio Cedenho.....182

Ação Cominatória. Deferimento de tutela de urgência. Jornal o Estado de S. Paulo. Requerimento de apresentação dos laudos de todos os exames a que foi submetido o Presidente da República para a detecção da COVID-19, sob pena de aplicação de multa. Pleito de suspensão dos efeitos da liminar proferida. Alegação de flagrante ilegitimidade e violação à ordem pública.

SLAT 5010220-49.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Mairan Maia 188

DIREITO CIVIL

Danos. Saque em conta do cliente. Furto de cartões. Nexo causal entre o evento danoso e a falha no serviço bancário. Responsabilização da CEF consumada. Dano moral. Inexistência.
ApCiv 5001019-90.2016.4.03.6105
Desembargador Federal Carlos Francisco.....201

SFH. Indenização securitária por vícios de construção. Cessão dos direitos do contrato (contrato de gaveta) sem anuência da CEF. Impossibilidade. Quitação do financiamento. Interesse de agir dos segurados. Interpretação do seguro obrigatório consoante a sua função social, a boa-fé objetiva, e a natureza adesiva. Imprescindibilidade da realização de prova pericial.
ApCiv 5000206-93.2017.4.03.6116
Desembargador Federal Wilson Zauhy 206

DIREITO PENAL

Resistência. Uso de documento falso. CNH. Crimes de trânsito. Prescrição da pretensão punitiva estatal reconhecida de ofício. Roubo majorado. Princípio da insignificância.
ApCrim 0001177-84.2013.4.03.6123
Desembargador Federal Nino Toldo 217

Extração irregular de areia. Lei nº 8.176/1991. Absolvição. Não comprovação da finalidade comercial do produto extraído. Realização de teste na embarcação. “In dubio pro reo”. Artigo 55 da Lei de Crimes Ambientais. Absolvição de um dos delitos no segundo grau de jurisdição. Delito remanescente que comporta suspensão condicional do processo.
ApCrim 0005480-27.2015.4.03.6106
Desembargador Federal Fausto De Sanctis..... 223

Estelionato. Demissão simulada. Saque de seguro desemprego. Erro de proibição não configurado. Afastado o aumento pela continuidade delitiva. Crime permanente.
ApCrim 0006810-23.2018.4.03.6181
Desembargador Federal José Lunardelli..... 244

Tráfico de entorpecentes. Correios. Cocaína. Pena-base reduzida. Transnacionalidade caracterizada. Reincidência.
ApCrim 0012139-16.2018.4.03.6181
Desembargador Federal Paulo Fontes 253

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Aposentadoria por idade. Revisão da renda mensal inicial. Atividade comum registrada em CTPS. Súmula 12 do TST. Contribuições previdenciárias. Recolhimento. Dever de fiscalização do INSS.
ApReeNec 0001721-57.2011.4.03.6183
Desembargador Federal Carlos Delgado 261

Aposentadoria por invalidez decorrente de transformação de auxílio-doença. Ação Rescisória. Reconvenção. Tempestividade. Revisão da RMI. Ausência de ilegalidade na apuração do valor inicial dos benefícios. Exigência de salários-de-contribuição intercalados com períodos de afastamento por incapacidade.

AR 0014208-42.2015.4.03.0000

Desembargadora Federal Inês Virgínia 271

Aposentadoria por idade. Ação Rescisória. Violação à norma jurídica. Reconhecimento. Contribuições pagas a destempo.

AR 5002245-78.2017.4.03.0000

Desembargador Federal Gilberto Jordan 281

Aposentadoria por idade. Ação Rescisória. Trabalhadora rural diarista. Necessidade de recolhimento de contribuições após 31/12/2010. Interpretação jurisprudencial controversa. Súmula nº 343 do STF. Análise do conjunto probatório sob o crivo da persuasão racional do magistrado.

AR 5001937-08.2018.4.03.0000

Desembargador Federal Baptista Pereira 299

Aposentadoria especial. Juízo de retratação. Artigo 1.040, II, do CPC. Possibilidade de reafirmação da DER. Reconsideração do posicionamento anterior. Precedente do STJ.

EDcl ApCiv 5004192-14.2018.4.03.6183

Desembargador Federal David Dantas 309

Pensão por morte. Cônjuge separado judicialmente. Não beneficiário de alimentos. Necessidade econômica demonstrada. Benefício devido. Habilitação tardia. Termo inicial. Data do requerimento administrativo. Gratuidade da justiça.

ApCiv 0004054-96.2019.4.03.9999

Desembargadora Federal Lucia Ursaia 312

Aposentadoria especial. Atividade especial comprovada. Benefício concedido. Exposição a sílica. Previsão legal.

ApCiv 5000806-16.2019.4.03.6126

Desembargador Federal Toru Yamamoto 320

Atividade especial. Exposição a agentes nocivos. Padeiro. Lavoura canavieira. Categoria profissional.

ApelRemNec 5793788-29.2019.4.03.9999

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 327

Salário-maternidade. Trabalhadora rural. Início de prova material. Prova testemunhal. Consectário.

ApCiv 6102052-59.2019.4.03.9999

Desembargadora Federal Daldice Santana 334

Auxílio doença. Tutela de urgência. Requisitos preenchidos. Manutenção do benefício até conclusão de perícia judicial.

AI 5000413-05.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Nelson Porfírio 338

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Embargos à Execução Fiscal. Taxa de lixo. Possibilidade da decisão unipessoal, ainda que não se amolde especificamente ao quanto abrigado no NCPC. Aplicação dos princípios da eficiência, análise econômica do processo e razoável duração do processo. Acesso da parte à via recursal (agravo). Apreciação do tema de fundo.

Ag ApCiv 0015181-15.2015.4.03.6105

Desembargador Federal Johansom Di Salvo..... 343

Ação Civil Pública. Mineração. Areia lavrada ilicitamente. Ressarcimento ao erário. Prescrição. Inocorrência.

ApCiv 0000170-58.2016.4.03.6121

Desembargador Federal André Nabarrete..... 347

Execução da sentença. Benefício assistencial. Habilitação de herdeiros. Possibilidade. Atualização monetária. Lei 11.960/2009. Taxa referencial. Inconstitucionalidade.

ApCiv 0019577-56.2016.4.03.9999

Desembargador Federal Paulo Domingues 357

Multa por descumprimento de decisão fixada em processo criminal.

AI 5008695-37.2017.4.03.0000

Desembargador Federal Peixoto Junior 361

Agravo Interno em Mandado de Segurança. Efeitos ao recurso de Apelação. Artigo 1.012 do CPC. Duplo efeito.

Ag ApCiv 5000092-39.2018.4.03.6143

Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....367

Conflito Negativo de Competência. Terceira Turma x Sexta Turma. Agravo de Instrumento. Recursos anteriores derivados da mesma ação originária. Decisão posterior que determina a livre redistribuição dos processos relacionados à Ação Civil Pública. Inexistência de questionamento oportuno. Competência interna. Natureza relativa. Preclusão.

CC 5000370-05.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Newton De Lucca 372

Justiça gratuita. Declaração de pobreza. Presunção relativa. Situação econômica da parte não autoriza a concessão da benesse.

AI 5025628-17.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Batista Gonçalves 381

Conflito Negativo de Competência. Ajuizamento da ação na subseção judiciária da capital do Estado. Súmula nº 689 do C. STF e Súmula nº 33 do STJ. Aplicação. Competência do foro de escolha do autor.

CCCiv 5030692-08.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Luiz Stefanini 385

Execução Fiscal. Penhora de valores. Bacenjud. Indeferimento sob o fundamento de que o magistrado pode vir a sofrer penalidades em decorrência da Lei nº 13.869/2019. Inadmissibilidade.

AI 5002033-52.2020.4.03.0000

Juíza Federal Convocada Leila Paiva..... 392

DIREITO PROCESSUAL PENAL

“Habeas corpus”. Revogação de prisão domiciliar e determinação de uso de tornozeleira eletrônica. Denegação da ordem.

HC 5001937-37.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Maurício Kato 399

“Habeas corpus”. Substituição da prisão preventiva mediante medidas cautelares diversas. Pandemia. Excepcionalidade. Ordem concedida.

HC 5003149-93.2020.4.03.0000

Desembargador Federal André Nekatschalow 404

DIREITO TRIBUTÁRIO

IRPF. Não incidência. Indenização paga no contexto de programa de demissão voluntária - PDV. Natureza indenizatória. Súmula 215 do C. STJ. Juízo de retratação.

ApelRemNec 0000068-90.2002.4.03.6100

Desembargadora Federal Mônica Nobre 413

IRPF. Anulação de débito fiscal. Portadora de patologia grave (nefropatia grave). Restituição dos valores indevidamente recolhidos.

ApCiv 0005036-75.2016.4.03.6100

Desembargadora Federal Diva Malerbi 418

IPI. Insumo. Matéria-prima. Embalagem. Zona Franca de Manaus. Compensação.

RemNecCiv 0012919-73.2016.4.03.6100

Desembargador Federal Carlos Muta 423

Contribuições ao FNDE, INCRA e SEBRAE. Mandado de Segurança. Emenda Constitucional nº 33/2001. Folha de salários.

AI 5029822-60.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Fábio Prieto 428

SENTENÇAS

Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Desvio de dinheiro. Formação de caixa 2. Financiamento mascarado de campanha eleitoral. Falta de elementos indiciários mínimos.

0002359-04.2004.4.03.6000

Juiz Federal Lucas Medeiros Gomes 435

Ação Civil Pública. Geração de energia no Rio Pardo. Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema. Empreendimentos hidrelétricos. Prévia apresentação, análise, aprovação e implementação da Avaliação Ambiental Integrada – AAI.

5009579-65.2018.4.03.6100

Juiz Federal Tiago Bitencourt De David..... 462

Contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária habitacional, com alienação fiduciária em garantia. Restituição de valores pagos. Pleito de restituição, ao menos parcialmente (90%), dos valores dispendidos no curso da contratação, considerando que o imóvel foi retomado pela credora fiduciária, vendido a terceiros, e que a contratação não trouxe qualquer benefício ao requerente.

5000639-81.2019.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 482

Auxílio-acidente. Acidente de qualquer natureza ocorrido antes da previsão legal. Improcedência.

5003967-57.2019.4.03.6183

Juiz Federal Ricardo De Castro Nascimento 487

IPI: isenção. Pessoa portadora de deficiência: compra de veículo automotor. Veículo roubado: caso fortuito. Nova isenção: transcurso de lapso temporal de 2 anos. Veículo segurado: recebimento de indenização. Enriquecimento sem causa.

5006932-06.2019.4.03.6119

Juiz Federal Etienne Coelho Martins 490

Mandado de segurança. Pleito de prorrogação dos vencimentos dos parcelamentos firmados no âmbito da SRF e PGFN, bem como dos tributos federais, retomando o vencimento das parcelas mensais dos parcelamentos e dos tributos a partir de outubro. Requerimento fundado na indicação de que sua atividade foi afetada pelas medidas extraordinárias implementadas para o combate da pandemia do COVID-19, as quais geraram contenção da atividade econômica, afetando seu fluxo de caixa, prejudicando ou até inviabilizando o pagamento das obrigações tributárias, sobretudo dos parcelamentos em curso.

5000819-96.2020.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 495

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 501

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 505



Artigos Doutrinários

Análise do contrato de seguro habitacional e a exclusão da cobertura por vício de construção à luz do Código de Defesa do Consumidor



Juliana De Sousa Feldman

Mestranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP/SP. Graduada em Direito pela PUC/SP. Servidora Pública do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise do contrato de seguro habitacional, firmado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, considerado tipicamente de adesão, bem como sobre a interpretação dada pela jurisprudência em relação às cláusulas excludentes de cobertura por vícios de construção, à luz dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de adesão. Seguro Habitacional. Sistema Financeiro de Habitação. Interpretação. Cláusula excludente de cobertura. Vício de construção. Boa-fé objetiva. Função Social do Contrato. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the housing insurance agreement, which is considered to be a typical subscription agreement, and the interpretation given by court precedents of clauses that exclude coverage for building defects signed in the scope of Financial Housing System. Based on the principles of objective good faith, the social function of agreements and the protective rules of the Consumer Protection Code.

KEYWORDS: Subscription agreement. Housing insurance agreement. Clauses that exclude coverage. Building defects. Objective good Faith. Social function of the agreement. Consumer Protection Code.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Sistema Financeiro de Habitação. 3. O contrato de seguro habitacional (de adesão). 4. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 5. A interpretação do contrato de adesão. 6. As cláusulas abusivas nos contratos de seguro do Sistema Financeiro de Habitação: exclusão da cobertura a vícios construtivos. 7. Conclusão. Referências.

1 Introdução

Os negócios jurídicos e as condições gerais dos contratos estão em constante evolução e modificação ao longo da história, sendo que tiveram significativa transformação no pós-revolução industrial, principalmente em decorrência da massificação do consumo e também das próprias contratações.

O contrato de adesão, objeto do presente estudo, tem origem, justamente, na transição do modelo clássico do século XIX, que era fundado na primazia da autonomia da vontade das partes, na livre iniciativa, e na liberdade de contratação, para o modelo concebido na sociedade industrializada, na qual o preceito da liberdade sofreu considerável mitigação com o advento do Estado Social Intervencionista, por meio da introdução de novos princípios e características, visando, sobretudo, a uma maior celeridade nas contratações.

Nesse contexto, verifica-se que o Estado Democrático de Direito, “em maior ou menor grau, assumiu a função reguladora da economia, inspirando-se em parâmetros não só econômicos, mas também morais e éticos”¹, mediante a adoção de princípios como o da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e, especialmente, o da função social do contrato, todos abrangidos pela principiologia do Código Civil de 2002.

Exemplo de maior ingerência do Estado nas contratações particulares diz respeito aos contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), mais especificamente com relação ao contrato de seguro habitacional, cuja natureza é efetivamente de adesão e decorre de imposição legal, pelo Decreto-Lei nº 73/1966.

Assim, embora tais negócios jurídicos consubstanciem-se em situações de fato no âmbito da autonomia privada, são efetivamente regidos por normas de ordem pública, mormente se considerada a obrigatoriedade da contratação de seguro de crédito, que advém da imperativa vontade do legislador.

Na estrutura do seguro habitacional, de um lado, estão os mutuários, a quem é imposta a contratação do seguro habitacional, na condição de beneficiários do seguro, hipossuficientes e vulneráveis a cláusulas abusivas e restritivas existentes em contratos anteriormente estabelecidos; e de outro, os agentes financeiros, sustentando que os contratos devam ser cumpridos integralmente, com esteio no princípio *pacta sunt servanda*.

Frente a tais considerações, este artigo pretende fazer uma análise do regime jurídico destinado à regulamentação dos contratos de adesão, mais especificamente do contrato de seguro obrigatório na esfera do SFH, no que diz respeito à sua natureza jurídica, interpretação e controle das cláusulas abusivas à luz das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

A despeito de o seguro habitacional estar vinculado, necessariamente, ao contrato de mútuo (abertura de crédito) para aquisição de casa própria, o foco do trabalho não será dado ao contrato de mútuo, mas sim ao contrato de seguro e suas cláusulas asseguratórias.

2 O Sistema Financeiro de Habitação

Antes do estudo pormenorizado do contrato de seguro habitacional já mencionado e sua relação com as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, faz-se necessária uma pequena análise histórica do instituto do SFH, diante de suas peculiaridades, que são de extrema relevância para contextualização do regime jurídico a ser aplicado.

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Seguro de danos – Contrato de adesão – Cláusula de exclusão ou limitação de cobertura – Interpretação – Princípio da boa-fé. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 102, v. 933, jul. 2013, p. 475.

De início, tem-se que os contratos financeiros firmados à luz do SFH não consistem em tipo comum de mútuo financeiro, mas sim de

[...] financiamento condicionado à persecução de um fim sócio-econômico, ditado por uma diretriz legal (norma-objetivo), que, a partir da promulgação da Constituição de 1988, deve, com muito maior razão do que anteriormente observar relações negociais a princípios constitucionais positivados – o da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade – sobremaneira quando se sabe estarem ditos financiamentos correlacionados à aplicação de recursos publicamente protegidos, quer proviessem do FGTS (patrimônio do trabalhador) quer de cadernetas de poupança (economias populares)².

Remanesce, portanto, na doutrina, o entendimento de que o SFH, como expressão de uma política pública, contém normas que devem ser interpretadas e aplicadas em consonância e, principalmente, em conformidade com tais valores principiológicos.

Ao desbravar os programas nacionais de moradias populares, Fernando de Sá³ faz uma breve e relevante retrospectiva acerca da evolução do SFH, que foi instituído pela Lei nº 4.380/1964, legislação responsável pela criação do Banco Nacional da Habitação (BNH) e que previa, em seu artigo 1º, a formulação da Política Nacional da Habitação, orientando a iniciativa privada por meio de estímulos à construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população brasileira de menor renda.



Fonte: www.minhacasaminhvida2020.com.br

O Plano Nacional da Habitação tem, portanto, objetivo primordial de incrementar a construção de conjuntos habitacionais e de tornar viável o acesso à aquisição da casa própria, com a participação do SFH e do BNH, tanto para coordenar e organizar uma política de ordem pública, como para disciplinar a captação e o emprego dos recursos necessários ao financiamento das construções e das unidades residenciais.

A criação do SFH foi considerada uma das mais relevantes medidas do governo federal direcionada para o setor de habitação, uma vez que contava com a atuação conjunta do Estado, da sociedade e dos agentes financeiros para proporcionar e viabilizar uma possível solução ao problema de moradia no país⁴.

No fim dos anos 1990, foi lançado o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), em um contexto crítico marcado pela elevada inadimplência dos mutuários, por decréscimos de renda pessoal, em contraste com a disparada inflacionária e a consequente elevação do valor gravoso de atualização das prestações, tornando o SFH extremamente vulnerável.

Assim, ao lado do sistema habitacional, as garantias dos agentes financeiros privados passaram a residir no instituto da securitização, primeiramente com a constituição do Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS), responsável por assegurar o pagamento de saldo devedor nos contratos

2 SÁ, Fernando. O sistema financeiro da habitação (SFH), o seguro de crédito obrigatório e a jurisprudência. *Revista de Direito Privado*, ano 6, n. 29, jan./mar. 2007, p. 110.

3 *Ibidem*.

4 PAGANI, Elaine Adelina. *O direito de propriedade e o direito de moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

de financiamento, mediante o pagamento, por parte dos mutuários, de uma taxa de contribuição, correspondente a uma prestação de amortização e juros da dívida garantida.

Caberia, nesse sentido, aos mutuários, na condição de segurados associados, o pagamento da contribuição e, ao segurador, a assunção do risco, com pagamento de indenização no caso de ocorrer um dos sinistros previstos. Sendo assim, o Fundo tornou obrigatório o seguro de crédito financeiro habitacional.

Nesse cenário, por meio do Decreto-Lei nº 73/1966, o Governo Federal instituiu a obrigatoriedade da contratação de seguros para a cobertura de riscos em distintas áreas da economia nacional, inclusive a que dizia respeito ao SFH, relativamente aos contratos de financiamento direcionados à aquisição das unidades habitacionais, os quais deveriam ser segurados conforme alínea *f* do artigo 20 do mencionado Decreto⁵, vigente até hoje.

Chega-se, então, à crucial percepção de que toda contratação de mútuo financeiro, no âmbito do SFH, para aquisição de casa própria, estará sujeita a um seguro obrigatório, que tem efetivamente cunho social, justamente por ser erigido de modo obrigatório para o resguardo da garantia do financiamento contraído pelos consumidores mutuários.

3 O contrato de seguro habitacional (de adesão)

Superada essa sucinta, mas relevante contextualização do surgimento do contrato de seguro habitacional no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre agora tratar das especificidades desse contrato e do regimento adotado pela legislação civil e consumerista.

Segundo a definição de Humberto Theodoro Júnior:

[...] o contrato de seguro é aquele pelo qual o segurador (uma sociedade empresária especializada legalmente autorizada) se obriga, mediante pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados (art. 757 do CC/2002)⁶.

Desse conceito, é possível destacar três elementos essenciais do contrato de seguro, quais sejam: (i) risco, consistente na possibilidade ocorrer ou não evento futuro e incerto, diretamente relacionado ao interesse protegido; (ii) o prêmio, consistente na remuneração paga pelo contratante, também denominado de segurado e; (iii) a seguradora, que é a responsável pelo pagamento de eventual indenização, uma vez configurado o sinistro, cujo risco esteja coberto pela apólice.

Acerca de suas principais características, é possível verificar que o seguro é contrato bilateral, na medida em que gera obrigações para ambos os contratantes; é oneroso, uma vez que cria vantagens para um e outro; consensual, comutativo e, por fim, mas não menos relevante, de adesão, já que incumbe ao segurado aceitar cláusulas impostas previamente pelo segurador, sem a possibilidade de alterar, por parte do aderente, o conteúdo contratual apresentado.

Na moderna concepção do Código Civil e seguindo à corrente clássica, insta ressaltar não ser contrato de seguro aleatório, mormente quando se reconhece o segurador como gestor de um fundo formado pelos próprios segurados, do qual serão extraídos os recursos

5 “Art. 20. Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de: [...] f) garantia do pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária”.

6 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Seguro de danos – Contrato de adesão – Cláusula de exclusão ou limitação de cobertura – Interpretação – Princípio da boa-fé. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 102, v. 933, jul. 2013, p. 482.

para realizar a cobertura dos danos consumados dentro da previsão contratual⁷.

Nesse aspecto, deve-se ter em conta que a obrigatoriedade do seguro habitacional não se confunde com sua natureza, que é tipicamente de adesão.

Na definição de Orlando Gomes⁸, contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de uma das partes sucede pela aceitação em bloco de cláusulas formuladas previamente, de modo geral, abstrato e uniforme pela outra parte.

Os contratos de seguro, inclusive os habitacionais, são tipicamente de adesão, em que o consentimento do beneficiário sucede por adesão, prevalecendo a vontade do predisponente, no caso, das instituições financeiras e securitizadoras, que ditam sua lei, não a um indivíduo específico, mas a toda coletividade.

Não se trata, destarte, de um típico contrato de seguro em que segurador e segurado firmam voluntariamente o contrato; no seguro habitacional, a autonomia de vontade das partes, sobretudo do mutuário, é significativamente reduzida, de modo que a celebração do contrato ocorre de forma compulsória, atrelada ao contrato de mútuo, sendo suas cláusulas previamente estabelecidas por normas da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), tudo com o objetivo de atender às exigências próprias do SFH.



Fonte: www.susep.gov.br

⁷ *Ibidem*, p. 482.

⁸ GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

Por muito tempo se entendeu que a escolha das companhias seria feita pelos agentes financeiros, cuja eleição ficaria adstrita a uma das participantes do *pool* de “seguradoras líderes” de cada região nacional do SFH.

Entretanto, a questão relativa à contratação de seguro habitacional e à obrigatoriedade de que o mutuário contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro ou por seguradora indicada por este foi decidida em sede de Recurso Repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), inclusive, com a elaboração de súmula. A propósito:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. TAXA REFERENCIAL (TR). LEGALIDADE. SEGURO HABITACIONAL. CONTRATAÇÃO OBRIGATÓRIA COM O AGENTE FINANCEIRO OU POR SEGURADORA POR ELE INDICADA. VENDA CASADA CONFIGURADA.

1. Para os efeitos do art. 543-C do CPC:
1.1. No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da Lei 8.177/91, é permitida a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária do saldo devedor. Ainda que o contrato tenha sido firmado antes da Lei nº 8.177/91, também é cabível a aplicação da TR, desde que haja previsão contratual de correção monetária pela taxa básica de remuneração dos depósitos em poupança, sem nenhum outro índice específico.

1.2. É necessária a contratação do seguro habitacional, no âmbito do SFH. Contudo, não há obrigatoriedade de que o mutuário contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro, ou por seguradora indicada por este, exigência esta que configura “venda casada”, vedada pelo art. 39, inciso I, do CDC.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

(STJ, Segunda Seção, REsp 969.129/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 09/12/2009, DJe 15/12/2009)

Súmula nº 473 do STJ

O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada.

Desse modo, segundo se depreende de tais precedentes, a despeito de ser obrigatória a contratação do seguro, não se exige que o mutuário contrate a apólice diretamente da instituição financeira ou de seguradora indicada por esta, podendo optar por qualquer seguro oferecido no mercado financeiro, que ofereça as mesmas coberturas e atenda aos requisitos impostos pelo SFH, sob pena de configuração de venda casada.

Os prêmios vêm incluídos nas prestações do financiamento e são pagos por todos os mutuários aos financiadores, além de repassá-los mensalmente às companhias de seguro. São também os garantidores do seu fiel pagamento.

Ademais, outra característica marcante é o fato de que a apólice do SFH compreende modalidades diversas de garantias, sendo especial em virtude de suas peculiaridades, sobretudo, no que diz respeito à sua natureza obrigatória e à sua finalidade social, que objetiva facilitar e promover a moradia digna para grande parcela da população brasileira, razão pela qual difere de todos os demais seguros disponíveis no mercado.

O contrato de seguro por ser essencialmente obrigatório, se aproxima da figura do contrato coativo. Segundo Orlando Gomes:

[...] há contrato coativo quando alguém, contra a vontade, é compelido a participar de relação jurídica normalmente oriunda de um acordo de vontades, e quando se envolve numa relação contratual sem ter emitido declaração de vontade⁹.

Sob este aspecto, quando se financia um imóvel pelo SFH, deverá ser contratado, obrigatoriamente, um seguro habitacional, o que consiste em afronta máxima ao princípio da autonomia da vontade, mas que se aceita, contudo, quando ponderada com os interesses da financiadora responsável pelo contrato de mútuo, em ter seus direitos resguardados.

Entretanto, conforme restará devidamente elucidado, não é ilimitado o poder deste seguro obrigatório, posto que o consumidor terá, efetivamente, seus direitos resguardados por ordenamento específico, principalmente quando se trata de indivíduos de baixo poder aquisitivo, cuja presunção de boa-fé e vulnerabilidade é ainda mais intensificada.

4 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

O contrato de seguro, considerado um dos mais relevantes “do ponto de vista econômico e de prevenção de riscos pelos consumidores”¹⁰, está tipicamente regulado pelo Código Civil, em seus artigos 757 a 802, sendo aplicável também o Código de Defesa do Consumidor, quando identificada a hipótese de relação de consumo.

Acerca do regime jurídico aplicável aos seguros habitacionais, o STJ já manifestou entendimento no sentido de estar caracteriza perfeitamente uma relação de consumo, eis que o objeto do contrato é a prestação de um serviço bancário consistente no financiamento de bem imóvel, como se observa:

obrigações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 18.

10 MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 76, out./dez. 2010, p. 244.

9 GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das*

Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Competência do juízo. Foro de eleição. Domicílio do devedor. Execução. Contrato de compra e venda de imóvel e financiamento. SFH. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Empréstimo concedido por associação a associado.

-Deve ser afastada a aplicação da cláusula que prevê foro de eleição diverso do domicílio do devedor em contrato de compra e venda de imóvel e financiamento regido pelo Sistema Financeiro de Habitação, quando importar em prejuízo de sua defesa.

-Há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário.

-Ao operar como os demais agentes de concessão de empréstimo do SFH, a associação age na posição de fornecedora de serviços aos seus associados, então caracterizados como consumidores.

-Recurso Especial não conhecido. (STJ, Terceira Turma, REsp 436.815/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 17/09/2002, DJ 28/10/2002)



Fonte: www.site.cndl.org.br

Na sequência, a Corte Superior colocou uma pá de cal sobre a questão da aplicabilidade dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários e de financiamento em geral com edição da Súmula nº 297: “O código de defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento no julgamento da ADIn 2.591/DF, todavia, excetuou da abrangência do CDC “a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia”, não sendo essa a hipótese do seguro habitacional aqui tratado. Eis a ementa do julgado:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.
2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.
3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas

praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.

4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro.

5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia.

6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO.

7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade.

8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO

E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA.

9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa – a chamada capacidade normativa de conjuntura – no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro.

10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional.

11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

(STF, Tribunal Pleno, ADIn 2.591/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, Relator para o Acórdão Ministro Eros Grau, j. 07/06/2006, DJ 29/09/2006)

Não restam dúvidas, nesse sentido acerca da aplicação do regime jurídico instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, em conjunto com as diretrizes gerais do Código Civil, seja para a formulação do contrato de seguro habitacional, seja para guiar a interpretação de suas cláusulas, principalmente no que concerne às excludentes de cobertura, objeto do presente trabalho.

5 A interpretação do contrato de adesão

Conforme demonstrado, o contrato de seguro desempenha relevante função social e econômica na atual sociedade de risco, uma vez que se vincula profundamente à cláusula geral de boa-fé, configurando-se sempre como um contrato de adesão, em decorrência da massificação dos negócios e bens a que presta garantia, bem como da necessária racionalização econômica, a qual, de um lado, não

admite os custos de uma eventual negociação individualizada e, por outro, busca instrumentos mais ágeis para viabilizar uma maior segurança ao estipulante.

Reconhecendo a possibilidade de de-sequilíbrio entre as partes contratantes, na medida em que as cláusulas contratuais serão impostas de maneira eminentemente unilateral, representando a sujeição da outra parte, o Estado legitimamente interfere neste tipo de contratação, por meio da imposição de regras obrigatórias e da fiscalização permanente, no sentido de equilibrar a relação e garantir às partes melhores condições para o exercício da autonomia da vontade.

A singularidade na estruturação do contrato de adesão não permite a mesma forma de interpretação aplicada aos contratos comuns, pois constitui relação jurídica em que há predominância da vontade de uma das partes¹¹.

Nesse sentido, revelam-se importantes os ensinamentos de Claudia Lima Marques:

[...] a vontade das partes não é mais a única fonte de interpretação que possuem os juízes para interpretar um instrumento contratual. A evolução doutrinária de direito dos contratos já pleiteava uma interpretação teleológica do contrato, um respeito maior pelos interesses sociais envolvidos, pelas expectativas legítimas das partes, especialmente das partes que só tiveram a liberdade de aderir ou não aos termos pré-elaborados¹².

Mais especificamente no que diz respeito aos contratados de seguro, ensina Bruno Miragem que “a importância da interpretação

contratual faz-se notar especialmente em relação à determinação do conteúdo e extensão da garantia, bem como às hipóteses de limitação e exclusão da mesma”¹³.

Observa-se, assim, a existência de um verdadeiro controle repressivo instituído pela via legislativa, consistente na introdução, no ordenamento jurídico positivo, de regras específicas regulamentadoras do contrato de adesão, previstas tanto no Código Civil, como no Código de Defesa do Consumidor, compondo um regime jurídico próprio para minimizar o desequilíbrio real entre as forças do estipulante e a vulnerabilidade do aderente, gerado pela utilização da técnica contratual da adesão.

Tais diretrizes estão nitidamente estampadas, de maneira geral, no artigo 422 do Código Civil, segundo o qual, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Além disso, em caso de cláusulas que contenham redação obscura, duvidosa, ambígua, leonina, vexatória e/ou abusiva, tanto o Código Civil como o Código de Defesa do Consumidor contêm métodos específicos para sua interpretação, vez que a adesão, como forma de consentimento, é mais frágil do que o consentimento manifestado mediante prévia discussão e acordo entre os contratantes, razão pela qual deve ser analisada de forma mais cuidadosa.

Desse modo, denota-se que a necessidade de uma interpretação particular é justificada pela vulnerabilidade jurídica do contratante, o qual se submete ao contrato de adesão e às respectivas condições gerais, sem poder discutir as cláusulas da contratação.

Por isso, nesses contratos não se busca, necessariamente, interpretar a vontade do

11 GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

12 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 227.

13 MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 76, out./dez. 2010, p. 271.

aderente, conforme disposto no artigo 112 do Código Civil (“nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”), já que o aderente não participou efetivamente da elaboração das condições gerais.

Deveras, o propósito é trazer, minimamente, um equilíbrio contratual, a fim de suavizar eventuais vantagens excessivas do predisponente, observando sempre a equivalência das prestações e a função social do contrato.

Para tanto, releva considerar a prevalência do princípio da *interpretatio contra stipulatorem*, estampado no artigo 423 do Código Civil, segundo o qual, nos contratos de adesão, havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, a interpretação deve ser mais favorável ao aderente.

Nesse ponto, vale ressaltar que a lei consumerista também adotou tal princípio, contudo de forma mais ampla, já que estendeu a interpretação mais favorável a todas às cláusulas, sejam elas ambíguas ou não, ao dispor, em seu artigo 47, que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Entende-se, portanto, como perfeitamente aceitável, no plano da interpretação, a submissão do seguro aos critérios decorrentes da boa-fé objetiva e probidade, respeitando-se sempre as declarações e intenções das partes.

A boa-fé consiste, nesse sentido, em verdadeiro critério de interpretação dos negócios jurídicos em geral, bem como dos contratos de seguro em especial –, seja pela especialização dos documentos contratuais que compõe esta modalidade contratual (proposta, apólice, etc.), seja em razão da forma típica de contratação (por adesão), a qual acentua a vulnerabilidade do consumidor em relação ao segurador –, inclusive mediante expressa previsão legal, a teor do disposto no artigo 113 do Código Civil: “os negócios jurídicos devem

ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

As disposições do Código de Defesa do Consumidor traçam, ainda, diversas regras de interpretação e de proteção ao consumidor aderente, desde o artigo 46, referente às disposições gerais da proteção contratual, passando pelo artigo 51, concernente às cláusulas abusivas, até o artigo 54, dedicado ao contrato de adesão propriamente dito.

Dentre elas destacam-se: (i) a anulação de cláusulas abusivas (art. 51); (ii) a obrigação de redigir o contrato em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, com fonte igual ou superior a corpo 12 (art. 54, § 3º); (iii) a exigência de destaque na redação de cláusulas que impliquem em limitação do direito do consumidor (art. 54, § 4º); (iv) a isenção de cumprimento de obrigação estipulada, caso o consumidor não tenha a oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo do contrato (art. 46), dentre outras.

Assim, se este arcabouço protetivo é o previsto para todo e qualquer contrato de adesão, e segundo Humberto Theodoro Júnior, “tendo o seguro essa categoria jurídica, a consequência é, que, no campo hermenêutico, a dúvida estabelecida em torno do contrato será resolvida ‘contra o segurador’”¹⁴. Ainda, complementa o jurista,

[...] a imposição da boa-fé como dever a ser cumprido independentemente da consumação de um dano concreto, mas como princípio cogente, permite ao intérprete e aplicador da lei uma gama de interferências no domínio do contrato que vai desde a interpretação conforme a boa-fé objetiva até a invalidação completa ou parcial do negócio,

14 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Seguro de danos – Contrato de adesão – Cláusula de exclusão ou limitação de cobertura – Interpretação – Princípio da boa-fé. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 102, v. 933, jul. 2013, p. 488.

que pode ir do simples afastamento da ilicitude até a reparação do dano que a cláusula incompatível com a ética houver provocado¹⁵.

Essas considerações são de extrema relevância para análise e interpretação das cláusulas estipuladas pelas instituições financeiras e securitizadoras, no âmbito da contratação de seguro habitacional, essencialmente no controle daquelas tidas como abusivas.

6 As cláusulas abusivas nos contratos de seguro do Sistema Financeiro de Habitação: exclusão da cobertura a vícios construtivos

Os contratos de adesão, justamente por seu caráter geral e abstrato, também consistem em terreno fértil para a inserção de cláusulas abusivas, cujo condão é dilatar, ainda mais, esse desequilíbrio, já que permite a “adoção de mecanismos de superproteção do predisponente das cláusulas, que malferem os interesses do parceiro contratual”¹⁶.

Trazendo a questão para os contratos firmados no âmbito do SFH, direcionado especialmente para pessoas de baixa renda, tal situação se torna ainda mais gravosa.

Em um primeiro plano, tem-se a imposição de um seguro obrigatório, instituído, como já visto, pelo Decreto-Lei nº 73/1966, com o escopo primordial de preservar os recursos públicos aplicados na construção de casas e apartamentos financiados pelo SFH, bem como garantir aos mutuários o direito ao recebimento da apólice em caso de danos físicos ao imóvel, morte ou invalidez permanente.

Naturalmente e de forma inevitável, evidencia-se que o adquirente do imóvel não pode fugir da obrigação de pagar o seguro, pois decorrente do próprio contrato de compra e venda. Da mesma forma, estará obrigado a pagar todos os prêmios, já incluídos no preço do imóvel.

Há, em paralelo, a estipulação padrão, nas apólices de seguro, dos riscos cobertos que, sem dúvida alguma, preservam tão somente o interesse dos agentes financeiros, no que diz respeito à quitação do contrato de mútuo, deixando os consumidores mutuários em situação de extrema vulnerabilidade, na medida em que a cobertura contra danos físicos ao imóvel, morte e invalidez permanente, abrange apenas danos físicos, os riscos de incêndio, explosão, inundação e alagamento, destelhamento, desmoronamento total e parcial, bem como a ameaça de desmoronamento, com exceção expressa de vícios provenientes de erros de projeto, má conservação ou de construção.

Tal excludente se mostra aceitável nos casos em que o mutuário/beneficiário recebeu diretamente o financiamento para ele próprio construir o imóvel, ou, então, elegeu pessoa de sua confiança para tanto. Contudo, no âmbito do SFH, os imóveis são edificados pelos agentes autorizados a operar os recursos dos programas de habitação, geralmente com prévia aprovação dos projetos e fiscalizações periódicas das obras pelas próprias companhias seguradoras.

Com efeito, as condições particulares de danos físicos previstas nas apólices de seguro habitacionais determinam que apenas danos decorrentes de vícios externos são indenizáveis, excluindo os vícios construtivos, os quais são os mais recorrentes nos empreendimentos destinados ao SFH.

No atual cenário, denota-se que a facilitação do acesso à moradia está, infelizmente, atrelada a construções precárias, realizadas “com materiais inapropriados, com técnicas indevidas, em locais que a tanto não se

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Cláusulas abusivas em contratos habitacionais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 40, out./dez. 2001, p. 23.

prestam, e tudo isto financiado pelo Poder Público e publicizado ao mercado consumidor supervulnéravel¹⁷.



Fonte: www.minhacasaminhavidade2020.com.br

A título de exemplificação, verifica-se a existência, em todo território nacional, mas principalmente no nordeste, de construções em alvenaria autoportante, popularmente conhecida como prédios-caixão, que apresentam grau de risco altíssimo aos moradores, causando diversos acidentes e desmoronamentos, conforme divulgado na mídia¹⁸.

Sendo assim, enquanto os indivíduos recorrem ao SFH para garantir o básico de sua existência, consistente no direito constitucional de moradia digna, e se sujeitam à aquisição de imóveis provenientes de construções precárias, com diversos vícios construtivos e extremamente frágeis; as seguradoras, com respaldo nas disposições contidas na apólice, negam a cobertura do seguro e pagamento de indenização, sob a alegação de não existir cobertura de risco decorrente de vícios construtivos.

17 STJ, Terceira Turma, AgInt no REsp 1702126/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 17/06/2019, DJe 25/06/2019.

18 TOLEDO, Marcos. Mais de dois mil prédios em alto risco no Grande Recife. *Folha de Pernambuco*, 16 ago. 2017. Disponível em: <https://www.folhape.com.br/noticias/noticias/cotidiano/2017/08/16/NWS,38185,70,449,NOTICIAS,2190-MAIS-DOIS-MIL-PREDIOS-ALTO-RISCO-GRANDE-RECIFE.aspx>. Acesso em: 05 dez. 2019.

A propósito, de extrema relevância o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme excerto extraído de acórdão proferido pela Colenda Oitava Câmara de Direito Privado, relatado pelo Desembargador Silvio Marques:

O imóvel residencial é por tradição uma garantia da família. Se o Estado vende um imóvel que seria descartável em poucos anos, porque se dissolve como um punhado de sal na chuva, estamos diante de mais um estelionato dos muitos que o poder público nos impõem, como tantos empréstimos compulsórios e taxas. Neste caso o crime estatal ainda é mais grave porque obriga a vítima a pagar por um pseudo-seguro de uma casa de brinquedo. Tem o Estado que responder por seus atos. Se contratou uma construtora irresponsável e desonesta e não fiscaliza a compra e aplicação de materiais duráveis, nem a qualidade das obras, que pague a indenização, por si, ou pelas seguradoras contratadas a quem atribuiu o encargo. Depois que se voltem contra essas ditas construtoras.

(TJ/SP, Oitava Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 256.057-4/7, Santos, Desembargador Silvio Marques, j. 24/01/2004)

Com efeito, por serem possíveis construções fora dos padrões, bem como a execução de obras temerárias, a jurisprudência entende se tratar de risco da própria atividade econômica, sendo que, se o agente financeiro não escolheu bem o financiado (construtor), isto será irrelevante para as relações de contrato de seguro.

Diante de tais circunstâncias, fica claro que a exclusão da cobertura de risco à integridade física do imóvel decorrente de vícios construtivos fere direitos básicos dos beneficiários, tais como, a dignidade (art. 1º da CF), a moradia (art. 6º da CF), a proteção à vida e segurança contra os riscos provocados

por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos (art. 6º, I, CDC), a informação adequada e clara (art. 6º, III, CDC), a proteção contratual contra modificação ou revisão de cláusulas (art. 6º, V, CDC), a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais (art. 6º, VI, CDC), além de o colocar em situação de extrema vulnerabilidade, frente a um sinistro ao qual não deu causa e muito menos correu para sua ocorrência.

O STJ já se manifestou no sentido de que:

[...] Em se tratando de seguro habitacional, de remarcada função social, há de se interpretar a apólice securitária em benefício do consumidor/mutuário e da mais ampla preservação do imóvel que garante o financiamento. Impossibilidade de exclusão do conceito de danos físicos e de ameaça de desmoroamento, cujos riscos são cobertos, de causas relacionadas, também, a vícios construtivos.

(STJ, Terceira Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.540.894/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24/05/2016, DJe 02/06/2016)

Ainda nessa linha, importante a ressalva do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

[...] não é inteligível para os fins de um contrato de seguro obrigatório voltado a coadjuvar um sistema pensado na aquisição da casa própria para a população, notadamente de baixa renda, que os principais vícios que acometam o bem objeto de garantia do financiamento adquirido não estejam por ele cobertos, especialmente quando, dentro de suas próprias normas e rotinas, preveja-se que a seguradora deverá levar a frente a sanção dos vícios construtivos, intermediando, aliás, o contato com o construtor, responsável principal pelas falhas verificadas no imóvel.

(STJ, Terceira Turma, AgInt no REsp

1702126/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 17/06/2019, DJe 25/06/2019)

Depreende-se, portanto, da análise de tais precedentes, que os contratos de seguro habitacionais devem ser interpretados a favor do consumidor beneficiário aderente, segundo o princípio da *interpretatio contra stipulatorem*, à luz da boa-fé objetiva, como elemento de harmonização dos interesses dos participantes da relação, e da função social do contrato, para reconhecer que a previsão contratual de cobertura de danos físicos aos imóveis abrange efetivamente os vícios de construção e não pode ser interpretada contra o consumidor beneficiário para exclusão da indenização.

É cediço que o princípio da boa-fé rege não só pacto do contrato, mas também o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes, mormente considerando a finalidade, em último grau, da apólice de seguro, de garantir a integridade do imóvel e a quitação da dívida em caso de configuração do sinistro.

Assim, consolidado que os vícios de construção estão abrangidos na cobertura do seguro contratado, a cláusula contida na apólice que exclui a cobertura para tal risco é abusiva, com fundamento no artigo 51, IV, combinado com § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor, que presume configurar desvantagem exagerada e, portanto, abusiva, cláusulas restritivas de direitos fundamentais inerentes à natureza de determinado contrato, como ocorre com a cláusula excludente de cobertura da apólice para sinistro decorrente de vícios construtivos.

Segundo a definição de Bruno Miragem,

[...] as cláusulas abusivas nos contratos de seguro caracterizam-se em regra, por imporem limites ou exclusões da responsabilidade do segurador, estabelecendo hipóteses de restrição ou exclusão da garantia contratual, ou ainda, por

estabelecerem ao segurado-consumidor condições substancialmente onerosas de contratação¹⁹.

Para o autor, “o que determina a abusividade é o modo como o titular exerce uma determinada prerrogativa jurídica, ainda que esta, *a priori*, esteja em absoluta conformidade com o ordenamento jurídico”²⁰.

No caso do SFH, resta mais do que clara a função do seguro, que é a garantia ao segurado, e de certa forma, ao próprio financiador do imóvel, como já colocado, de que aquele seja ressarcido pelos vícios verificados no imóvel, em se tratando da cobertura por danos físicos, a fim de preservar sua habitabilidade e, por consequência, a higidez do financiamento, já que, na maioria das vezes, o próprio imóvel é dado como garantia (hipotecária ou como alienação fiduciária) do contrato de mútuo.

Nesse sentido, ainda, o posicionamento exarado nos recentes precedentes da Terceira Turma do STJ:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO (VÍCIOS OCULTOS). AMEAÇA DE DESMORONAMENTO. CONHECIMENTO APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ OBJETIVA PÓS-CONTRATUAL.

JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de indenização securitária proposta em 21/07/2009, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 06/07/2016 e concluso ao gabinete em 06/02/2017.

2. O propósito recursal consiste em decidir se a quitação do contrato de mútuo para aquisição de imóvel extingue a

obrigação da seguradora de indenizar os adquirentes-segurados por vícios de construção (vícios ocultos) que implicam ameaça de desmoronamento.

3. A par da regra geral do art. 422 do CC/02, o art. 765 do mesmo diploma legal prevê, especificamente, que o contrato de seguro, tanto na conclusão como na execução, está fundado na boa-fé dos contratantes, no comportamento de lealdade e confiança recíprocos, sendo qualificado pela doutrina como um verdadeiro “contrato de boa-fé”.

4. De um lado, a boa-fé objetiva impõe ao segurador, na fase pré-contratual, o dever, dentre outros, de dar informações claras e objetivas sobre o contrato para que o segurado compreenda, com exatidão, o alcance da garantia contratada; de outro, obriga-o, na fase de execução e também na pós-contratual, a evitar subterfúgios para tentar se eximir de sua responsabilidade com relação aos riscos previamente cobertos pela garantia.

5. O seguro habitacional tem conformação diferenciada, uma vez que integra a política nacional de habitação, destinada a facilitar a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população. Trata-se, pois, de contrato obrigatório que visa à proteção da família, em caso de morte ou invalidez do segurado, e à salvaguarda do imóvel que garante o respectivo financiamento, resguardando, assim, os recursos públicos direcionados à manutenção do sistema.

6. À luz dos parâmetros da boa-fé objetiva e da proteção contratual do consumidor, conclui-se que os vícios estruturais de construção estão acobertados pelo seguro habitacional, cujos efeitos devem se prolongar no tempo, mesmo após a extinção do contrato, para acobertar o sinistro concomitante à vigência deste, ainda que só se revele depois de sua conclusão (vício oculto).

7. Constatada a existência de vícios estruturais acobertados pelo seguro habitacional e coexistentes à vigência do contrato, não de ser os recorrentes devidamente

19 MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 76, out./dez. 2010, p. 257.

20 *Ibidem*.

indenizados pelos prejuízos sofridos, nos moldes estabelecidos na apólice.

8. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Terceira Turma, REsp 1717112/RN, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 25/09/2018, DJe 11/10/2018)

Com isso, o posicionamento predominante na jurisprudência considera abusiva a cláusula excludente de cobertura por vícios construtivos expressamente constante no seguro habitacional do SFH, à luz dos parâmetros da boa-fé objetiva, da função social do contrato, da proteção do consumidor e, sobretudo, pela natureza obrigatória e caráter social deste contrato, o qual nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, “tem conformação diferenciada, uma vez que integra a política nacional de habitação, destinada a facilitar a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população”²¹.

Configura-se, assim, verdadeira relativização do princípio que garante a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), em benefício da preservação da boa-fé, necessária para que a confiança garanta ao contrato o ambiente propício à reciprocidade e, principalmente, assegure os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da moradia, expressos na Constituição Federal.

7 Conclusão

O SFH, como expressão de política pública, deverá ter suas normas, sempre que possível, interpretadas e aplicadas em consonância com valores principiológicos constitucionais, como o da solidariedade e o da dignidade da pessoa humana, bem como em conformidade com normas cogentes de ordem pública econômica de direção e de proteção, como o Código de Defesa do Consumidor.

Dentre os diversos contratos que podem ser firmados no âmbito do SFH, neste trabalho foi analisado o contrato de seguro habitacional para cobertura de riscos, cuja obrigatoriedade foi imposta pela alínea *f* do artigo 20 do Decreto-Lei nº 73/1966.

Consoante demonstrado, o contrato de seguro habitacional possui as características inerentes a todo e qualquer contrato de seguro – bilateral, oneroso, consensual, comutativo, nominado e de adesão – mas também algumas particularidades, justamente por integrar a política nacional de habitação, destinada a facilitar a aquisição da casa própria pela população, principalmente pelas classes de menor renda.

Dentre essas peculiaridades, verificou-se a ausência de liberdade na contratação, ou de escolha da seguradora, já que o seguro é adjeto ao contrato de mútuo, firmado entre a estipulante (seguradora) e o agente financeiro financiador, não contando com a participação direta do mutuário (beneficiário), a não ser pelo pagamento das parcelas do seguro. Sob esse aspecto, percebe-se que a autonomia de vontade das partes é significativamente reduzida, considerando, ainda, o preestabelecimento de suas cláusulas, com o objetivo de atender às exigências próprias do SFH.

Contudo, pela sua própria natureza, estará sujeito ao regime de regras de interpretação, previstas tanto no Código Civil, como no Código de Defesa do Consumidor, com o precípua desiderato de minimizar disparidades e desequilíbrios, decorrentes da possibilidade de elaboração do regulamento do negócio ou, no caso de seguros, da própria apólice, com exclusividade por uma das partes.

No que concerne a tais regras, merecem destaque, pela sua maior relevância e incidência, os princípios *interpretatio contra proferentem* (ou *contra stipulatorem*), da boa-fé objetiva e da função social do contrato, como norteadores da interpretação do contrato e de suas cláusulas, a favor do aderente beneficiário, levando em consideração a finalidade, em úl-

21 STJ, Terceira Turma, REsp 1717112/RN, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 25/09/2018, DJe 11/10/2018.

timo grau, da apólice de seguro, que é garantir a integridade do imóvel e a quitação da dívida em caso de configuração do sinistro.

Por fim, imprescindível salientar que os seguros habitacionais têm gerado muita discussão, principalmente no que diz respeito às cláusulas excludentes de cobertura, tidas como abusivas à luz das disposições do artigo 51, § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor, quando demonstrada a ocorrência de desvantagens exageradas pela restrição de direitos fundamentais inerentes à natureza de determinado contrato de maneira a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual.

Assim, justifica-se a interpretação do contrato a favor do aderente, no sentido de que, em relação aos imóveis adquiridos no âmbito do SFH, a apólice do seguro habitacional deve cobrir o risco de danos físicos decorrentes de vícios de construção, em razão da prevalência da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Significando, por conse-

quência, verdadeira relativização do princípio *pacta sunt servanda*, em prol da defesa dos mutuários que recorrem ao SFH para garantir uma moradia digna, mas são colocados em situações de extrema vulnerabilidade, quando da aquisição de imóveis eivados de vícios construtivos e da contratação de seguro habitacional obrigatório, sem a possibilidade de amparo por cobertura de sinistros desta origem.

Deveras, pelo levantamento realizado neste trabalho, perceptível que a jurisprudência do STJ, de maior impacto em nosso ordenamento jurídico, tem evoluído no sentido de adotar um vetor interpretativo favorável ao mutuário/beneficiário, com o consequente reconhecimento da abusividade das cláusulas restritivas de cobertura por vícios construtivos, justamente por se tratar de seguro habitacional, visando primordialmente à preservação do direito constitucional à moradia.

Referências

ALVES, André Cordelli. Contrato de adesão. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 12, v. 46, abr./jun. 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38-54.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BONATTO, Maura de F. Cristiane M. Vieira. *O seguro brasileiro e sua prática nos dias atuais*. Leme: LED Editora de Direito, 2000.

BOURGOIGNE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 6, p. 7-16, jun. 93.

DUTRA, Walkiria Zambrzycki. Entre a produção habitacional estatal e as moradias precárias: uma análise da popularização da casa própria no Brasil. *Revista de Sociologia Configurações*, Open Editions Journals, v. 10, 2012.

FERRI, Luigi. Nozione di autonomia privata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè Editore, 1957.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GOMES, Orlando. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 10-26.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap)*: um estudo comparado entre Brasil e Canadá. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LÓPEZ, Javier Pagador. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

MACEDO, Elaine Harzheim. Contratos de adesão. Controle Judicial dos Contratos de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 4, n. 15, jul./set. 1995.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé e o seguro no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: IBDS/ENTS, 2003.

MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 76, out./dez. 2010.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

PAGANI, Elaine Adelina. *O direito de propriedade e o direito de moradia*: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

PASQUALOTTO, Adalberto. Cláusulas abusivas em contratos habitacionais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 40, out./dez. 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense 1990. v. III.

SÁ, Fernando. O sistema financeiro da habitação (SFH), o seguro de crédito obrigatório e a jurisprudência. *Revista de Direito Privado*, ano 6, n. 29, jan./mar. 2007.

SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 a 144). Paris: F. Pichon, 1901.

SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, n. 91, p. 141-159, 1996. Disponível em: revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67332/69942. Acesso em: 25 mar. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Seguro de danos – Contrato de adesão – Cláusula de exclusão ou limitação de cobertura – Interpretação – Princípio da boa-fé. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 102, v. 933, jul. 2013.

TOLEDO, Marcos. Mais de dois mil prédios em alto risco no Grande Recife. *Folha de Pernambuco*, 16 ago. 2017. Disponível em: <https://www.folhape.com.br/noticias/noticias/cotidiano/2017/08/16/NWS,38185,70,449,NOTICIAS,2190-MAIS-DOIS-MIL-PREDIOS-ALTO-RISCO-GRANDE-RECIFE.aspx>. Acesso em: 05 dez. 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 75-98, out./dez. 2017.

Vertentes classificatórias da Constituição

Reis Friede

Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

RESUMO: O presente artigo discorre sobre os aspectos classificatórios do termo Constituição, abordando questões relativas aos seus múltiplos conceitos, bem como suas diversas classificações e a intrínseca associação da origem e da História do Direito Constitucional com o surgimento e a própria evolução do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Direito Constitucional. Estado.

ABSTRACT: The current article deals about the classificatory aspects of the term Constitution, approaching issues related to its multiple concepts, as well as its various classifications and the intrinsic association of the origin and history of constitutional law with the emergence and evolution of the state.

KEYWORDS: Constitution. Constitutional Law. State.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito. 3 Conceito de Constituição. 4 Constituição em sentido sociológico, político e jurídico. 5 Constituição em sentido material e formal. 6 Classificação das Constituições. 7 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Tendo em vista a importância da qual se reveste o tema, pertinente tratar, em linhas gerais, da denominada Teoria da Constituição, a começar pela própria origem do que se convencionou chamar de Constitucionalismo.

Nesse aspecto, a origem e a História do Direito Constitucional estão intimamente associadas ao surgimento e à própria evolução do Estado. Na mesma direção, Moraes anota que o “Constitucionalismo escrito surge com o Estado, também com a função de *racionalização e humanização*, trazendo consigo a necessidade da proclamação de declarações de direitos”¹.

Empreendendo-se uma breve perspectiva histórica sobre os denominados movimentos constitucionais, parte da doutrina constata a existência de um Constitucionalismo embrionário já na Antiguidade.

A respeito do Constitucionalismo na Idade Média, um importante documento histórico, sempre recordado pelos estudiosos do tema, é a Magna Carta Inglesa (*Magna Charta Libertatum*), assinada em 1215 pelo Rei João Sem Terra, notadamente a partir de pressão dos barões ingleses, instrumento por meio do qual se pretendia (pelo menos sob o prisma formal) limitar o poder do monarca, de modo que o rei reconhecesse que a vontade real submetia-se à lei.

Em relação ao Constitucionalismo durante a Idade Moderna, Lenza registra os seguintes documentos históricos:

Durante a Idade Moderna, destacam-se o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of Settlement*, de 1701. Nessa linha, além dos pactos, destacam-

-se o que a doutrina chamou de forais ou cartas de franquia, também voltados para a proteção dos direitos individuais. Diferenciam-se dos pactos por admitir a participação dos súditos no governo local (elemento político).

Os pactos e forais ou cartas de franquia, documentos marcantes durante a Idade Média, buscavam resguardar direitos individuais. Alerta-se, contudo, que se tratava de direitos direcionados a determinados homens, e não sob a perspectiva da universalidade².

Ainda no que concerne à mesma digressão histórica, Ferreira Filho citado por Lenza, recorda que, “chegados à América, os peregrinos, mormente puritanos, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, fixaram, por *mútuo consenso*, as regras por que haveriam de governar-se”, ocasião em que os chefes de família, a bordo do *Mayflower*, fixaram “o célebre ‘*Compact*’ (1620); desse modo se estabelecem as *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), mais tarde confirmadas pelo Rei Carlos II, que as incorporou à Carta outorgada em 1662”, documentos que nitidamente revelam a “ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares da ideia de Constituição”³.

No que se refere ao Constitucionalismo moderno, merecem ser destacadas as “constituições escritas como instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente do poder”, figurando, como marcos históricos e formais do Constitucionalismo moderno:

[...] a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 (que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), movimento este deflagrado

1 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3.

2 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57-58.

3 *Ibidem*, p. 58.

durante o Iluminismo e concretizado como uma contraposição ao absolutismo reinante, por meio do qual se elegeu o povo como o titular legítimo do poder⁴.



Fonte: www.np.usembassy.gov

Nesse contexto moderno, Moraes, em sintonia com Lenza, aponta como dignas de registro as novas Declarações de Direitos, como a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Constituição dos Estados Unidos (1787), sendo que, para o referido autor:

A origem formal do constitucionalismo está ligada as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais⁵.

Em sequência, Moraes assevera que “o Estado de Direito é consagrado com o Constitucionalismo liberal do Século XIX”, destacando-se, nesta quadra, a Constituição de Cádiz (1812), a 1ª Constituição Portuguesa (1822), a Constituição Imperial do Brasil

(1824), a Constituição Belga (1831), bem como a Declaração de Direitos da Constituição Francesa (1848), esta última considerada pelo autor como um “texto precursor do Século XX, pois previa em seu texto que a República Francesa tinha por princípios a liberdade, a igualdade e a fraternidade”⁶.

Entretanto, conforme explica Lenza, “a concepção liberal (de valorização do indivíduo e afastamento do Estado) gerará concentração de renda e exclusão social, fazendo com que o Estado passe a ser chamado para evitar abusos e limitar o poder econômico”⁷. Surge, neste cenário, a Constituição de Weimar (1919), que efetivamente serviu de paradigma para outras Constituições:

A partir da Constituição de WEIMAR (1919), que serviu de modelo para inúmeras outras Constituições do primeiro pós-guerra, e apesar de ser tecnicamente uma Constituição consagradora de uma democracia liberal – houve a crescente constitucionalização do Estado Social de Direito, com a consagração em seu texto dos direitos sociais e a previsão de aplicação e realização por parte das instituições encarregadas dessa missão. A constitucionalização do Estado Social consubstanciou-se na importante intenção de converter em Direito Positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito⁸.

2 Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito

O surgimento do Estado de Direito ocorreu diante da inadequação do pluralismo jurídico dominante no período medieval

4 *Ibidem*, p. 58.

5 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1.

6 *Ibidem*, p. 3.

7 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

8 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

para promover os anseios de liberdade, de igualdade e de segurança do capitalismo. Suas principais características são: a soberania estatal, a unidade do ordenamento jurídico, a divisão dos poderes estatais, o primado da lei sobre outras fontes de proteção jurídica, o reconhecimento da certeza do Direito como valor político fundamental, a igualdade formal dos cidadãos perante a lei, o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, a garantia constitucional, a distinção entre público e privado e a afirmação da propriedade privada e da liberdade de iniciativa econômica.

Uma das principais consequências do seu florescimento foi o desaparecimento dos vínculos corporativos e privilégios hereditários, além da liberdade social e econômica e de um sistema jurídico fundado no princípio da igualdade de todos perante uma lei genérica e impessoal. Afinal, para usar a expressão de Norberto Bobbio, somente a igualdade de todos em face da lei poderia se constituir em um formidável ponto de partida para uma nova era de direitos. Foi sob o manto desta concepção iluminista que surgiu um novo Estado e, simultaneamente, a Constituição. Portanto, não é difícil constatar que as origens da Constituição e do Estado de Direito se confundem.

Ademais, o Estado de Direito constitucional é também responsável pelo surgimento da democracia representativa. O voto periódico, a alternância de poder, a representação popular, a separação de poderes e a revisão jurisdicional, entre outros aspectos, integram importantes conquistas da democracia representativa e liberal.

A concepção básica de Estado de Direito, embrionariamente forjado no século XVIII pela burguesia com o único objetivo de virtual oposição ao absolutismo, por meio da submissão do governante à vontade geral, acabou por romper, no início do século XIX, a última fronteira entre as noções primitivas de democracia como simples forma de governo,

para finalmente chegar-se à aceção contemporânea de regime político.

Neste sentido, convergindo os autores para a compreensão de democracia, não obstante sua complexidade e múltipla caracterização (como afirmado), como o império da lei, restaria, em todos os casos, a plena sujeição do Estado às leis que edita para a completa efetivação do regime democrático, o que acabou ocorrendo com o surgimento do chamado Estado de Direito, apesar de toda a sorte de críticas que se possa fazer no que alude ao restrito (e, neste aspecto, limitado) Estado de Legalidade que imperou nos primórdios de seu nascimento.

Desse modo, o fato de o Estado passar a se submeter à lei em seu sentido vocabular mais elástico pareceu, em momento subsequente, não ser suficiente para a plena caracterização do regime democrático, uma vez que não restaria garantida a necessária submissão do Estado (e, sobretudo, de seus governantes) à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos, fazendo surgir, em resposta, logo no início do século XX, a concepção de Estado Democrático de Direito.

Nesse particular aspecto, e rebatendo, com sinergia, todas as críticas à concepção inicial do Estado de Direito, o novo entendimento do Estado Democrático de Direito acabou por permitir, pelo menos *prima facie*, a plenitude da democracia (e, por efeito, do regime democrático), com a efetivação de uma série de princípios, tais como aqueles enunciados por Silva: “princípio da constitucionalidade, princípio democrático, princípio da justiça social, sistema de direitos fundamentais, princípio da igualdade, princípio da divisão de Poderes, princípio da legalidade e princípio da segurança jurídica”⁹.

Somente nas últimas décadas, todavia, parte da doutrina acabou por despertar para

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 124.

o fato incontestado de que mesmo na plenitude do chamado Estado Democrático de Direito, com todas as suas caracterizações, e em sua concepção anteriormente descrita, a democracia poderia ainda não se efetivar plenamente, considerando, sobretudo, que no regime democrático também se exige, por parte do Estado, além de todos os elementos já mencionados, uma ação comissiva dentro do contexto do binômio *poder-dever*, que condiciona a atuação estatal no âmbito maior da promoção concreta do império da lei (e, consequentemente, da ordem jurídica derivada).

Ademais, o Estado Democrático de Direito somente se legitima na exata medida em que exista para promover os valores fundamentais consagrados no Texto Magno, tais como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político, fundamentos da República brasileira, nos termos do artigo 1º, *caput*, da Constituição.

3 Conceito de Constituição

A doutrina, de um modo geral, aponta que o conceito de Constituição é polissêmico, conforme registrado, inclusive, por Ferreira Filho:

Nesse sentido geral, *Constituição é a organização de alguma coisa*. Em tal acepção, o termo não pertence apenas ao vocabulário do Direito Público. Assim conceituado, é evidente que o termo se aplica a todo grupo, a toda a sociedade, a todo Estado. Designa a natureza peculiar de cada Estado, aquilo que faz este ser o que é.

Evidentemente, nesse sentido geral, *jamais houve e nunca haverá Estado sem Constituição [...]*.

Entretanto, o termo *Constituição* é mais frequentemente usado para designar a *organização jurídica fundamental [...]*. Por organização jurídica fundamental, por Constituição em sentido jurídico, entende-se, segundo a lição de KEL-

SEN, o conjunto das normas positivas que regem a produção do Direito. Isto significa, mais explicitamente, o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação.

Realmente, a produção do Direito é obra do poder, cuja estruturação fundamental é definida pelos aspectos materiais apontados¹⁰.

O termo Constituição, segundo assevera Moraes, pode ser definido como um “sistema de normas jurídicas produzidas no exercício do Poder Constituinte”, destinadas, primordialmente:

[...] ao estabelecimento da forma de Estado, da forma e sistema de governo, do modo de aquisição e exercício do poder, da instituição e organização de seus órgãos, dos limites de sua atuação, dos direitos fundamentais e respectivas garantias e remédios constitucionais e da ordem econômica e social¹¹.

Nessa linha de raciocínio, a Constituição traduz a organização jurídico-política fundamental do Estado, sendo concernente a um conjunto de regras relativas à forma de Estado, à forma de governo (incluindo-se o sistema de governo e o regime de governo), ao regime político, à aquisição e ao exercício do poder, ao estabelecimento dos órgãos para o efetivo exercício do poder (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) e aos limites de sua ação (competências e restrições ao exercício do poder estatal).

10 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 9-10.

11 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 57.

Constituição significa o “corpo”, a “estrutura” de um ser que se convencionou chamar Estado. Por ser nela que podemos localizar as partes componentes do Estado, estamos autorizados a afirmar que somente pelo seu exame é que conheceremos o Estado. A Constituição é a particular maneira de ser do Estado, no dizer de CELSO BASTOS¹².

4 Constituição em sentidos sociológico, político e jurídico

É ponto comum na doutrina que a noção de Constituição transcende ao sentido meramente jurídico, para também incorporar traduções de cunho sociológico e político (entre outros), permitindo, por sua vez, forjar uma verdadeira concepção *estrutural* de Constituição, com a inserção de preceitos fáticos e axiológicos, estabelecendo-se a necessária interação que o Texto Magno deve possuir com a sociedade política.

No que se refere ao sentido sociológico, consoante abordagem realizada por Ferdinand Lassale (na clássica obra intitulada *¿Qué es una Constitución?*), “a Constituição seria o complexo (vale dizer, um somatório) de fatores reais de poder, isto é, o conjunto de forças de índole política, econômica e religiosa que condicionam o ordenamento jurídico de uma determinada sociedade”¹³, razão pela qual sua legitimidade somente seria alcançada se efetivamente representasse tal poder social, sob pena de configurar uma mera “folha de papel”.

Segundo uma concepção política, proposta elaborada por Carl Schmitt, “a Constituição seria produto de uma decisão política fundamental, ou seja, a vontade manifes-

tada pelo titular do Poder Constituinte”¹⁴.

Na lição de CARL SCHMITT, encontramos o sentido político, que distingue Constituição de lei constitucional. Constituição, conforme pondera JOSÉ AFONSO DA SILVA ao apresentar o pensamento de Schmitt, “... só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais seriam os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas não contêm matéria de decisão política fundamental”.

Portanto, pode-se afirmar, em complemento, que, na visão de CARL SCHMITT, em razão de ser a Constituição produto de uma certa decisão política, ela seria, nesse sentido, a decisão política do titular do poder constituinte¹⁵.

Sob uma perspectiva jurídica, Hans Kelsen postula que a Constituição seria a lei fundamental da organização estatal, dividida em Constituição em sentido lógico-jurídico (“correspondente à norma fundamental hipotética, quer dizer, pressuposto lógico de validade das normas constitucionais positivas”) e em Constituição em sentido jurídico-positivo (que “consistiria na norma positiva suprema, vale dizer, pressuposto jurídico do processo de criação, modificação ou extinção do Direito Positivo, dado que todas as normas jurídicas integrantes do mesmo ordenamento constitucional encontram fundamento de validade comum na Constituição”)¹⁶.

Conforme visto, em tal concepção kelseniana, a Constituição ostenta fundamento de validade junto à denominada norma fundamental (norma hipotética, uma vez que não estabelecida por nenhum ato de autoridade),

12 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 17.

13 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60.

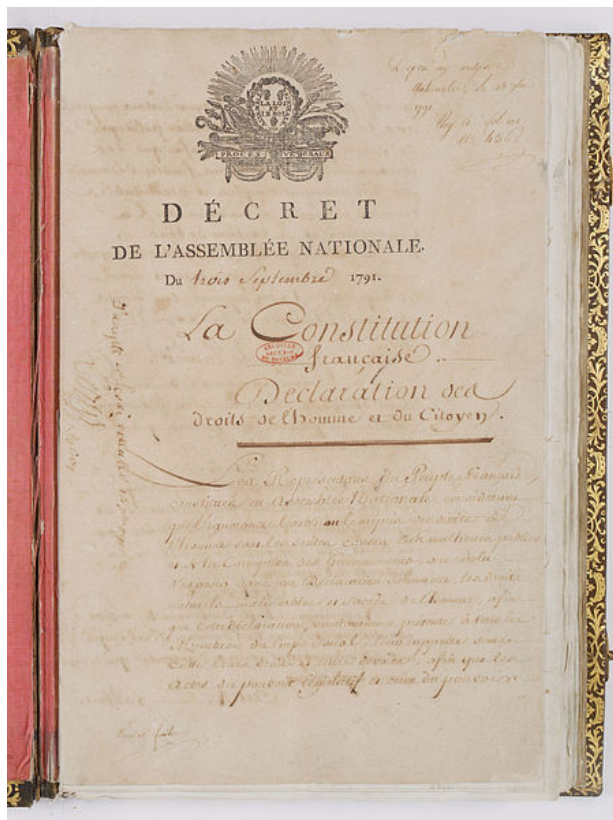
14 *Ibidem*, p. 60-61.

15 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

16 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60-61.

que figura como o verdadeiro alicerce de validade do sistema jurídico com um todo.

A doutrina ainda se refere a um sentido culturalista, afirmando, a toda evidência, que a Constituição constitui-se em um produto cultural da sociedade, abarcando elementos de vários matizes (sociais, históricos, racionais, etc.).



Fonte: www.commonswikimedia.org

5 Constituição em sentidos material e formal

O conceito de Constituição também admite sua caracterização em um sentido material (substancial) – ou seja, a Constituição efetiva, independente de sua formalização (forma escrita ou não, codificada ou não) – e em um sentido formal, que representa, em termos próprios, a formalização solene das regras constitucionais, notadamente a partir da codificação de seus dispositivos.

Convém observar, entretanto, que tal classificação é frequentemente confundida com as acepções material (substancial) e formal das normas jurídicas constitucionais, ínsitas exclusivamente nas Constituições formais. Por efeito, para a perfeita compreensão dos sentidos material e formal que revestem o conceito de Constituição, cumpre considerar, em primeiro plano, a existência de uma efetiva diferença conceitual entre a Constituição (continente) e as respectivas normas constitucionais (conteúdo), sendo certo, neste aspecto, que a classificação das normas jurídicas constitucionais só possui sentido prático quando analisada sob a ótica da Constituição em sentido formal.

A *constituição material* é concebida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito. Neste caso, constituição só se refere à matéria essencialmente constitucional; as demais, mesmo que integrem uma constituição escrita, não seriam constitucionais.

A *constituição formal* é o peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais previstos no próprio texto constitucional¹⁷.

Assim, o dado importante a ser investigado para efeito de definição de Constituição material é o conteúdo da norma, independentemente de sua formalização. Em contraste, sob a ótica formal, o conteúdo normativo torna-se irrelevante, dando-se destaque à forma (relacionada a um processo legislativo mais complexo e dificultoso)

17 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 42-43.

por meio do qual a norma restou incorporada ao sistema jurídico.

6 Classificação das Constituições

A doutrina diverge quanto aos diversos critérios adotados para efeito de classificação das Constituições. Deste modo, apresenta-se abaixo a tipologia mais adotada comumente nas obras destinadas ao tema.

a) Quanto à origem

No que concerne à origem, as Constituições podem ser classificadas em promulgadas (popular, democrática, votada), nas quais o povo (na qualidade de titular do Poder Constituinte), por intermédio de seus representantes eleitos para tanto (agentes do Poder Constituinte), participa efetivamente do processo de elaboração da Constituição. Deste modo, a Constituição promulgada é fruto da deliberação da legítima representação popular, podendo citar, como exemplos, as Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988.

Podem ser, ainda, outorgadas, nas quais, em contraste com a espécie anterior, não há participação popular no que tange à sua elaboração, sendo a Carta imposta unilateralmente ao povo pelo agente revolucionário, desprovido de legitimidade para tanto. Exemplos típicos de Constituições outorgadas são a de 1824 (Constituição Imperial) e a de 1937, esta última imposta por Getúlio Vargas, documento caracterizado por sua feição nitidamente fascista.

Especificamente no que se refere à classificação a ser conferida à Constituição de 1967, Lenza sintetiza o seguinte debate:

Alguns autores entendem que o texto de 1967 teria sido “promulgado”, já que votado nos termos do art. 1º, § 1º, do AI 4/66. Contudo, em razão do “auto-

ritarismo” implantado pelo *Comando Militar da Revolução*, não possuindo o Congresso Nacional liberdade para alterar substancialmente o novo Estado que se instaurava, preferimos dizer que o texto de 1967 foi outorgado unilateralmente (apesar de formalmente votado, aprovado e “promulgado”) pelo regime ditatorial militar implantado¹⁸.

Parte da doutrina, tal como Silva, admite uma terceira vertente quanto à classificação em comento, qual seja, a chamada Constituição *Cesarista*, que seria “formada por plebiscito popular sobre um projeto elaborado por um Imperador (plebiscitos napoleônicos) ou um Ditador (plebiscito de Pinochet, no Chile)”, cabendo destacar que tal participação popular não se dá de forma democrática, “pois visa apenas ratificar a vontade do detentor do poder”¹⁹.

b) Quanto à forma

Sob tal perspectiva classificatória, a Constituição pode se apresentar na forma escrita (também chamada de instrumental) ou não escrita (consuetudinária ou costumeira).

No primeiro caso, a Constituição pode se exteriorizar mediante um modelo sistematizado e organizado (por exemplo, uma codificação, que representa, no contexto da organização jurídica, o nível mais aperfeiçoado, após a denominada consolidação) ou não organizado.

Cumprir destacar, neste particular, que o artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ao preceituar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos apro-

18 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84.

19 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 43-44.

vados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, possibilita afirmar a existência de normas constitucionais que não se encontram inseridas no Texto Magno de 1988.

Por exemplo, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30.03.2007, foi devidamente incorporada ao Direito Brasileiro por meio da sistemática prevista no referido dispositivo constitucional, cabendo registrar, ademais, que tal instrumento internacional restou aprovado pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008, e promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25.08.2009.

Sob a forma não escrita, a Constituição será reputada costumeira (ou consuetudinária), ainda que possa conter algumas regras escritas. Neste caso, a Constituição será considerada exclusivamente sob o prisma material, não havendo que se falar em Constituição formal.

c) Quanto ao processo de elaboração

Diante da classificação anterior, é possível também considerar as Constituições sob a perspectiva dogmática e histórica.

Segundo o magistério de Ferreira Filho, “a Constituição escrita é sempre fruto da aplicação consciente de certos princípios ou dogmas, enquanto a não escrita é produto de lenta síntese histórica, levando-se em conta a sua fonte de inspiração”²⁰.

Desta feita, é válido afirmar que a Constituição dogmática (que, registre-se, é sempre escrita) é aquela que traduz os dogmas

estruturais do Estado, ao passo que a Constituição histórica forma-se a partir de um lento e contínuo processo histórico.

d) Quanto ao conteúdo

Ademais, o conceito de Constituição pode ser abordado em um sentido material ou formal.

A Constituição material consiste no conjunto de regras (escritas ou costumeiras) materialmente constitucionais, isto é, que regulam temas relativos à estrutura do Estado, à organização de seus órgãos e aos direitos fundamentais, não se admitindo como constitucional qualquer outra matéria que não ostente tal conteúdo.

A Constituição formal, por sua vez, traduz-se no conjunto de normas escritas, hierarquicamente superior à legislação infraconstitucional, independentemente do conteúdo nela inserido. No presente modelo, o que importa para efeito de tal classificação é exatamente o processo de formação do Texto Constitucional, e não a essência de suas normas. Significa dizer, pois, que qualquer norma inserta na Constituição será reputada formalmente constitucional, ainda que não o seja sob a ótica material, cabendo citar, como exemplo, a Constituição de 1988.

e) Quanto à extensão

No que se refere à extensão, as Constituições são classificadas em sintéticas ou analíticas.

As primeiras são assim denominadas porque consubstanciam apenas os princípios fundamentais e estruturais do Estado. Exemplo frequentemente recordado pela doutrina é a Constituição dos Estados Unidos da América, em vigor desde 1787. Originalmente composta por sete artigos, a Lei Maior

20 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12.

americana foi emendada vinte e sete vezes desde então.

Diferentemente, as Constituições analíticas abarcam tantos quantos forem os assuntos que os representantes do povo entenderem fundamentais, razão pela qual são caracterizadas por serem textos extensos e por abrangerem regras que, na essência, poderiam figurar apenas na legislação infraconstitucional. É o caso, por exemplo, do artigo 242, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

f) Quanto ao processo de reforma

No que concerne ao pertinente processo de reforma, é comum a classificação das Constituições em rígidas, nas quais existe previsão de um processo especial (mais complexo e difícil que o relativo ao processo legislativo ordinário) para a alteração (reforma) de seus dispositivos, conforme prevê, a propósito, o artigo 60 da Constituição Federal. No caso do Brasil, excetuando-se a Constituição Imperial (1824), todas as demais Constituições brasileiras foram classificadas como rígidas.

Consoante leciona Silva, “da rigidez deflui, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Ferreira, ‘é um princípio basilar do Direito Constitucional moderno’”.

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico de um país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais só são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua

superioridade em relação às demais normas jurídicas.

A doutrina distingue supremacia material e supremacia formal da constituição. Reconhece a primeira, inclusive, nas constituições costumeiras e nas flexíveis. Isso é certo do ponto de vista sociológico, tal como também se admite rigidez sociopolítica das constituições. Mas, do ponto de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apoia na rigidez jurídico-constitucional, da qual é o primeiro e principal corolário.

O próprio BURDEAU (que fala na supremacia material), aliás, realça que é somente no caso da rigidez constitucional que se pode falar em supremacia formal da constituição, acrescentado que a previsão de um modo especial de revisão constitucional dá nascimento à distinção de duas categorias de leis: as leis ordinárias e as leis constitucionais. Nossa constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas constitucionais da República²¹.

Nas Constituições semirrígidas (ou semiflexíveis), por sua vez, o processo de reforma do Texto Magno é mais dificultoso apenas no que se refere a determinadas matérias. Por exemplo, o artigo 178 da Constituição Imperial de 1824 preceituava:

21 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 47-48.

Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias (grafia original)²².

Por conseguinte, qualquer outro tema distinto daqueles expressamente elencados no referido artigo 178 da Constituição do Império poderia ser alterado por intermédio do processo legislativo ordinário.

Além das rígidas e das semirrígidas, a doutrina concebe, ainda, as denominadas Constituições flexíveis, assim consideradas justamente por inexistir um processo especial para a reforma de seus dispositivos. Destarte, é possível concluir que, neste caso em particular, não se observa qualquer hierarquia entre a Constituição e a legislação infraconstitucional, uma vez que ambas podem ser alteradas através do mesmo procedimento.

Por fim, cumpre destacar que, a princípio, toda Constituição costumeira (ou não escrita) classifica-se também como flexível, uma vez que a simples alteração do costume (que se encontra difuso na sociedade) será suficiente para provocar mudanças no Texto Constitucional. Não obstante tal constatação, os manuais de Direito Constitucional aludem à existência (excepcional) de Constituições que, sem embargo de serem escritas (como o Estatuto Albertino, na Itália), são classificadas como flexíveis. De qualquer sorte, pelo menos de um modo geral, as Constituições escritas são sempre qualificadas como rígidas ou semirrígidas.

²² BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil* (de 25 de março de 1824). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Rio de Janeiro: Império do Brazil, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 set. 2019.



Fonte: www.trf1.jus.br

g) Quanto à dogmática

A doutrina, quanto ao aspecto em epígrafe, classifica as Constituições em ortodoxas e ecléticas. As primeiras formadas por uma só ideologia, tal como a Constituição soviética de 1977, enquanto as segundas fundadas em várias ideologias.

h) Quanto ao objeto

Moraes alude a uma classificação da Constituição quanto ao objeto, tendo como espécies a Constituição liberal e a Constituição social.

A primeira é a em que não estão inseridas normas específicas em referência à ordem econômica, na medida em que o Estado liberal é limitado às funções tradicionais de proteção e repressão, sem que houvesse a noção de qualquer política de desenvolvimento social, tal como a Constituição norte-americana. A segunda é a em que estão inseridas normas específicas em relação à ordem econômica, uma vez que o Estado social, malgrado afirme e assegure a propriedade privada e a liberdade de iniciativa, condiciona o uso dos bens e a atividade na economia ao bem-estar social, pelo mecanismo da intervenção na propriedade e no domínio econômico, com a finalidade de impedir que

a utilização dos bens seja efetivada de maneira antissocial e a atuação das empresas seja efetuada com abuso de poder econômico, tal como a Constituição brasileira²³.

i) Quanto ao modelo

A doutrina refere, ainda, quanto ao modelo, à Constituição-garantia e à Constituição-dirigente.

A primeira “legitima o poder transferido pela sociedade ao Estado, assim como limita o poder do Estado perante a sociedade no presente”²⁴, podendo ser citada, como exemplo, a Constituição norte-americana.

Por sua vez, a Constituição-dirigente “legitima e limita o poder do Estado em face da sociedade, bem como define as finalidades do exercício do poder político para o futuro, mediante a instituição de normas constitucionais programáticas, tal como a Constituição brasileira”²⁵.

j) Quanto ao sistema

Quanto ao sistema, a Constituição tem sido classificada em principiológica (na qual “predominam os princípios, identificados como normas constitucionais providas de alto grau de abstração, consagradores de valores, pelo que é necessária a mediação concretizadora, tal como a Constituição brasileira”) e preceitual (na qual “prevalecem as regras, individualizadas como normas constitucionais revestidas de pouco grau de abstração, concretizadoras de princípios, pelo qual é possível a aplicação coercitiva, tal como a Constituição mexicana”)²⁶.

Tendo em vista as diversas classificações acima apresentadas, pode-se afirmar que a Constituição brasileira de 1988 reveste-se das seguintes características: é promulgada (ou popular), escrita, dogmática, em sentido formal, analítica, rígida, eclética, social, dirigente e principiológica.

7 Considerações finais

É necessário refletir que somente a igualdade de todos, por intermédio da lei, tem a plena capacidade de constituir-se em um inequívoco ponto de partida rumo à nova era de direitos. O uso dessa premissa iluminista foi o pano de fundo pelo qual se fez a anunciação do novo Estado e, sincronicamente, a Constituição. Logo, constata-se que as origens da Constituição e do Estado de Direito remanescem imbricadas.

A democracia, como peça-chave, pode não se protagonizar como a tônica do pensar democrático, já que este também exige, por parte do Estado, além dos outros elementos aqui abordados, fugir à postura omissiva, muitas vezes adotada quando o contexto é a relação intrinsecamente necessária e importante do dever com o poder. Pois o Estado Democrático de Direito só é fidedigno à medida que exista para a promoção dos valores fundamentais, como cidadania, dignidade humana, trabalho, pluralismo político, dentre outros.

23 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.

24 *Ibidem*, p. 69.

25 *Ibidem*, p. 69.

26 *Ibidem*, p. 69.

Referências

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil* (de 25 de março de 1824). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Rio de Janeiro: Império do Brasil, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

A moderação do Judiciário e a missão da lei: reflexões sobre a distinção entre união estável e casamento



Douglas Camarinha Gonzales

Juiz Federal. Mestre em Direito de Estado pela USP. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/PR. Especialista em Direito Penal pelo IBCCRIM/Universidade Coimbra. Professor de Direito do IDP/SP e do Federal Concursos.



Adriano Jamal Batista

Advogado civilista. Doutorando em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil pela USP.

SUMÁRIO: 1 Reflexões iniciais. 2 *Judicial review*. 3 União estável e a histórica distinção com o casamento. 4 Reflexos no âmbito do Direito Previdenciário. 5 Conclusões. Referências.

1 Reflexões iniciais

O presente ensaio busca pinçar algumas reflexões jurídicas, políticas e sociais sobre o Estado de Direito reivindicado pela Carta Republicana, à luz da matriz legal e jurisdicional do Direito Civil, que vivifica a sociedade civil, frente aos reflexos judiciais de controle de constitucionalidade.

Convida-se, pois, o leitor para um dos mais pulsantes debates na Teoria Geral do Direito, qual seja, a prerrogativa do governo do povo ser tutelada por um crivo jurisdicional de controle de constitucionalidade e a resposta à seguinte indagação: i) o futuro Parlamento poderá disciplinar distintamente a união estável do casamento para efeitos gerais?

Tais reflexões serão respondidas sob a perspectiva dos debates internacionais no âmbito da Teoria Geral do Direito, das críticas dos civilistas a respeito do tema e das decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal (STF), entre elas a decisão prolatada no RE 878.694/MG, cuja operabilidade da decisão circunscreve-se apenas para efeitos sucessórios, nos seguintes termos:

O Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto

nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002” [...] - Plenário, 10.5.2017. (STF, Pleno, RE 878.694/MG, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 10/05/2017, DJe 05/02/2018)

As respostas serão apresentadas em sintonia com os reclamos sociopolíticos nacionais, com embasamento nos debates internacionais a respeito da missão do Judiciário e do Parlamento cravado nas Constituições ocidentais e na Carta de 1988, com 30 anos completos de vivência, sob a diretriz de reconhecer o Direito como um fenômeno sociopolítico vivo, dinâmico e em evolução – mas balizado por garantias clássicas ao seu regime político e axiológico.

O momento político atual é propício a tais reflexões, quer no âmbito nacional, quer no seio das discussões jurídico-morais em trâmite nos EUA e na Europa, pois reverbera sobre aspectos decisivos do contrato social pós-moderno e os constantes questionamentos da sociedade de informação – que já demonstrou ávidas indagações políticas e sociais.

Hodiernamente, discursos estatais apon-tam para a desnecessidade de intervenção estatal ou judicial na família e na educação, afastando a prévia ideologia de uma política em torno da família e do gênero. Nesse sentido, pregam a autonomia do discurso *intra partes* — isto é, a discussão a respeito do modelo a seguir deve ser aferida no seio da própria família—, e assim sendo, sustentam a natural distinção entre casamento e união estável (indistintamente para homo ou heterossexuais), bem como a autonomia desses institutos; visão que tutelamos quanto às necessárias distinções jurídicas de tais institutos, *fiel ao princípio da subsidiariedade*.

2 Judicial review

Como há muito propagado, a Constituição de 1988 albergou importantes diretrizes do modelo norte-americano, entre essas o

chamado *judicial review*, que funda o crivo de controle de constitucionalidade sobre atos normativos e leis, consoante a tradição do Direito brasileiro, que se orientou desde a inauguração do Império pelo modelo americano quanto ao controle incidental ou difuso de constitucionalidade, mas ainda cresceu o controle concentrado de constitucionalidade, conforme expressam os artigos 102 e 103 da Constituição da República ao alçar o STF como guardião-mor da ordem constitucional.



Fonte: www.youtube.com/watch?v=j_9BwvojLA0

A história jurídica ocidental circumscrita, de início, na *common law* aponta que a criação da *judicial review* floresceu justamente em face dos debates da Convenção de Filadélfia para preservar a superioridade da Constituição em choque com atos normativos e leis dos entes federados; surgiu efetivamente da jurisprudência norte-americana, como a prerrogativa do Judiciário preservar a Constituição, arquitetada como a Carta Superior da Nação e o elo entre os entes federados, de sorte que coube ao Judiciário operacionalizar o sistema de *checks and balances* para sustentação do Direito.

Nesse modelo, tido como clássico, a última interpretação do Direito é lançada pelo Judiciário, cujo exemplo norte-americano se libertou do jugo inglês e de sua própria essência, vez que as prévias leis inglesas interferiam na autonomia legal americana, de sorte que o controle judicial sustentou-se no diálogo

filosófico e político reinante para implantar a supremacia da Constituição, frente a outrora supremacia do Parlamento.

Essa explanação é endossada por Alessandra Marques e Amir Kodhr:

Nesse sentido, pretendemos resgatar a concepção mais sofisticada e ainda isolada de Sánchez (1998, p. 38), e nem por isso desarrazoada, a respeito dos verdadeiros precedentes históricos da *judicial review*, de mesmo modo que almejamos demonstrar que a sua consolidação é consecutória direta dos fatos históricos que desencadearam a independência das colônias inglesas na América do Norte, os quais resultaram também na criação da primeira constituição rígida e a mais duradoura no sentido moderno, apoiada na separação dos poderes e na ideia de supremacia constitucional adotadas na América.

Aliás, o controle de constitucionalidade americano pode ser encarado paradoxalmente como uma lição bem apreendida pelos colonos ingleses na América, pois, sobretudo após o fim da Guerra dos Sete Anos, de tanto serem vítimas insistentes do controle de seus atos em face da Constituição Inglesa de 1688 e das Cartas Inglesas que regiam as colônias, aprenderam e passaram a fazê-lo mais e melhor. Estudando, inclusive, a *judicial review* realizada nos Estados Unidos, podemos perfeitamente dizer que seu berço é um berço americano.

Para a doutrina tradicional, portanto, na decisão do caso *Bonham* criou-se, de forma embrionária, o parâmetro para a fundamentação do controle de constitucionalidade das leis, extraindo-se daí a noção de que o poder judicial na *common law* antiga era exercido mediante uma lógica semelhante à que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais (HALL, 2014)¹.

1 MARQUES, Alessandra; KODHR, Amir. As origens e

Fundamental, contudo, esclarecer que o principal enredo do debate e da preocupação dos juristas e políticos da nova ordem dizia respeito à preservação de mecanismos próprios para ditarem o rumo do novo pacto democrático recém-selado com a independência americana.

A essência dessa questão remanesce efervescente nos dias atuais, sobretudo em face do significativo ativismo judicial realizado pelo Poder Judiciário, quer no âmbito da *common law*, quer no nosso sistema do *statue/civil law*. As próprias disposições de direitos fundamentais que encerram cláusulas abertas, como o devido processo legal, provas ilícitas, entre outros conceitos sujeitos à detida interpretação quanto à extensão das disposições constitucionais, premeiam o Judiciário com o exercício de um controle caro à prerrogativa legislativa – como o caso da facilitação de conversão da união estável ao casamento, abaixo descrito.

O anseio consiste no escopo de preservação de mecanismos que prestigiem a dicção do Direito pela democracia, na prerrogativa do povo e seus representantes ditarem o seu próprio destino – especialmente em questões que refogem ao estrito controle jurídico de constitucionalidade.

O prestigiado jurista John Hart Ely anota essa profunda inquietação no debate americano, ao enfatizar que, nos EUA, *nossa sociedade desde o começo aceitou (e agora aceita quase institivamente) a noção de que nossa forma de governo deve ser a democracia representativa*².

Essa assertiva já estava registrada desde os primórdios constitucionalistas, consoante

fundamentos da *judicial review*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 264-299, jan./jun. 2016.

2 Apud FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 175.

os debates dos federalistas quanto à prerrogativa de se preservar ao povo e às gerações futuras o direito de regar ou inovar a legislação e a própria Constituição. Tanto assim que a própria Constituição Francesa de 1793, pós-Revolução, dispôs em seu artigo 28, *in verbis*:

Art. 28. Une peuple a toujours le droit de revoir, de reformer et de changer sa Constitution. Une generation ne peut assjuettir ses lois les generation futures³.

Notável, pois, o prestígio que há de se conferir à democracia representativa, já que se trata verdadeiramente do âmago de nosso sistema político. De outro lado, vivencia-se há séculos o controle de constitucionalidade que ampara o *judicial review* em sua essência, qual seja, a possibilidade de o Judiciário revisar a decisão administrativa nesse último quesito, ainda que seja no âmbito de controle de constitucionalidade.

A problematização surge, no entanto, quando esse controle é realizado de forma aditiva ou extensiva, dada a densidade dos direitos fundamentais, das cláusulas abertas constitucionais e sobretudo dos princípios constitucionais, situação que vivifica tensão nos mecanismos de *checks and balances* no arranjo do Estado de Direito e dos Poderes constituídos.

Deveras, o estudo desses limites da jurisdição constitucional *versus* a representatividade democrática é um dos temas mais palpitantes na academia jurídica e política, entretanto esse artigo busca apenas uma reflexão pragmática do assunto, em torno da questão do regramento positivo da união estável e o *leading case* expresso sobre o assunto, por maioria de votos, no RE 878.694/MG.

3 “Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter suas leis às gerações futuras”. (tradução livre)

Nesse desiderato, revela apresentar vasto trabalho de Paulo Fontes sobre a perspectiva do controle de constitucionalidade e seus limites frente à democracia representativa na obra “*Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*”, que denota posicionamento semelhante ao ora defendido.

O ilustre autor observa com argúcia a legitimidade do controle de constitucionalidade e do próprio *judicial review*, mas não de forma acrítica e sem limites, apontando que:

A consagração da jurisdição constitucional seria “uma verdade a qual nem mesmo os mais pessimistas conseguem negar” e o protagonismo das cortes constitucionais normal em países que, saindo de regimes autoritários, adentram nos benfazejos ares da democracia, não havendo que falar em “ditaduras das togas”. Nessa aceitação da nova realidade das cortes constitucionais, “o juiz deixa de ser somente a boca que profere as palavras da lei, inserindo-o numa disputa política e estratégica pelos sentidos da Constituição, sendo que seriam os princípios a conferir dimensão maior ao ativismo judicial ao libertar os magistrados e tribunais das decisões exclusivamente com base em regras de forma canônica”. [...]

Conrado Hübner Mendes, após tratar das teorias que pretendem dar a última palavra aos juízes e daquelas que pretendem deixá-las aos parlamentares, inclina-se pela *concepção de diálogo institucional*, sem última palavra. Cita Bickel como um precursor do diálogo institucional, ao recomendar as virtudes passivas da jurisdição [...]

Mendes menciona as correntes baseadas nas ideias de “construção coordenada e Constituição fora das Cortes”, que se opõem à supremacia judicial inventada por Marshall. Autores como Louis Fisher, Keith Whittington e Mitchell Pickrell estariam associados às ideias de construção coordenada, departamen-

talismo e Constituição fora das Cortes, defendendo que a Constituição é um dos instrumentos que deve ser interpretado por todos os poderes e que a interpretação extrajudicial é um fenômeno legítimo e desejável.

O autor dá notícia ainda do debate canadense. Aduz que a *Charter of rights and Freedoms* de 1982 representou a vitória intelectual dos que consideravam necessária a revisão judicial, reposicionando o Judiciário na estrutura dos Poderes. Contudo, não se tratou da importação pura e simples do modelo americano, pois a Seção 33 da Carta deu a possibilidade ao parlamento de recusar lei aprovada seja objeto da revisão judicial, por um prazo de cinco anos, renovável pelas legislaturas seguintes. *A Seção 33 seria uma forma de diálogo institucional, tendo Gardbaum estimado, a respeito, que “um diálogo benéfico entre cortes e legislativo iria substituir o modelo americano do monólogo judicial”*⁴.

Nessa perspectiva, na tentativa de responder a primeira indagação do ensaio, sustenta-se que o modelo jurídico constitucional brasileiro confere sim ao Judiciário a prerrogativa de revisar o Direito, e como tal, de dizer a última palavra numa perspectiva clássica. Contudo, o Direito está mais para Darwin do que para Newton, pois caracterizado por um marco evolutivo inerente a uma ciência política, de sorte que há mecanismos próprios como a mutação constitucional e o debate a respeito do diálogo institucional entre os Poderes no âmbito da hermenêutica e da preservação da democracia representativa para determinadas decisões de moralidade política – como a plena equiparação sucessória capitaneada pelo STF entre a união estável e o casamento – que poderão ser revistas por meio de outros marcos legais.

4 FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 193 e seguintes, destaquei.

Paulo Fontes acena para essa discussão através do debate entre Waldron e Dworkin, ao pontuar que o primeiro não admite a última palavra ao Judiciário, ao passo que o segundo é defensor do instituto da revisão judicial da legislação a partir de uma concepção orientada para os resultados (*result-driven*), ao concluir que a revisão judicial incrementa a democracia, desde que a Corte tome a decisão correta, cuja linha de mérito aponta para um juízo de moralidade (por exemplo, a vedação de financiamento político por empresas); por sua vez, Waldron nega essa concepção sob o fundamento democrático segundo o qual cabe ao povo ter a prerrogativa de cometer seu próprio erro, daí a máxima romana, *quod omnes tangit ab omnibus decidentur*⁵.

Sob essa orientação, está a raiz da mutação constitucional, que sob outro ângulo Menelick de Carvalho Neto aponta como a força atual da hermenêutica, quicá como um dos elementos centrais da Teoria Geral do Direito, ao acenar para uma mudança de paradigmas, por intermédio do senso de adequabilidade das regras frente aos princípios, baseado num discurso racional e persuasivo⁶.

Essa evolução já fora cunhada de outro modo por Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao elucidar os processos informais de mudanças da Constituição, entre esses as mutações constitucionais, ao expor:

Os processos formais de mudança da Constituição, nas suas diferentes modalidades, não esgotam, todavia, o fenômeno da contraposição entre constituição normativa e realidade constitucional, ou, mais precisamente, da tensão permanente que se coloca entre a constituição normativa e sua aplicação. A realidade constitucional demonstra, ao contrário,

que as constituições rígidas, a par das reformas constitucionais, sofrem outros tipos de mudança. Com efeito, a previsão constitucional de processos de mudança não tem sido suficiente para abranger e resolver toda problemática da tensão entre estabilidade e mudança, entre a estática e dinâmica constitucionais. Até porque não é possível calcular sempre os rumos futuros; tampouco dispor de preceitos escritos para todas as possíveis mudanças e transformações que possam aplicar-se às novas relações jurídicas.

[...]

Destarte, as constituições escritas e rígidas, ainda que estabeleçam processos destinados a permitir sua modificação para acompanhar a evolução dos tempos, não conseguem impedir que, junto a elas ou entre elas, se desenvolva um direito constitucional não escrito, criado a partir dos chamados processos informais de mudança da constituição, genericamente rotulados de mutações constitucionais.

[...]

O reconhecimento do fenômeno, visto e analisado no campo da dinâmica constitucional, se revela, não obstante, como um imperativo determinado pela constante tensão entre constituição escrita e transformações sociais, que não dão tempo de, através de reformas constitucionais, alterar-se o texto para adequá-lo a novas realidades⁷.

Nesse passo, dada a questão de cunho pragmático proposta no presente ensaio quanto à hermética equiparação de efeitos sucessórios entre a união estável e o casamento, delineada no controle difuso de constitucionalidade no RE 878.694/MG – tese que poderá ser revista pelo próprio STF, ainda

5 “O que diz respeito a todos, todos devem decidir”.

6 CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 6, p. 233-250, 1998.

7 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 2, n. 5, out./dez. 1993, p. 15-18.

que no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade ou transversalmente em temas conexos, como o Supremo Excelso já fez em outros temas⁸ –, o próximo tópico debaterá sobre a tensão entre os institutos da união estável e do casamento.

3 União estável e a histórica distinção com o casamento

Como já pontuado, é histórica a distinção entre o casamento e a união estável, desde os primórdios da civilização tem-se como trivial essa diferença; contudo, perante os romanos, era baseada, de início, não na forma, mas na disposição para contrair matrimônio, *affectio maritalis* e na diferenciação de classes para sua constituição, conforme ensina Vitor Kumpel⁹, porquanto o casamento era permitido somente para os romanos.

Vale ressaltar que, inicialmente, o casamento para os romanos era apenas uma situação fática, sendo que somente firmaram a distinção formal de constituição ao casamento a partir do Conselho Tridentino, por volta de 1.500 AD. Aponta ainda o civilista, que o casamento romano era precedido pelos esponsais (*mentio et repromisso faturarum*, D 23.1. Florent).

Por seu turno, o Código Napoleônico

adotou uma posição abstencionista em relação ao concubinato (outrora nominado invariavelmente assim), influenciando com isso vários países europeus e americanos no século XIX.

Apesar disso, a França, por meio de seus julgados, a partir do final do século XIX, e da Lei de 16.11.1912, que modificou o artigo 340 do Código Civil, tornou-se a pátria do concubinato e polo irradiador dessa concepção para diversos países¹⁰.

No Brasil, desde a Proclamação de República, com a separação do Estado da Igreja, passando o casamento a ser regulado pelo primeiro, deixou de ser necessária a chancela religiosa para a constituição da família legítima.

Historicamente, foi longo o caminho até a admissão da união estável como forma de constituição de família, sendo essa espécie de relacionamento — então informal — sempre vista com preconceito.

Nesse sentido, o próprio Código Civil de 1916 não deixava margem de dúvida, definindo a concubina como a amante do homem casado, não admitindo proteção à mera união entre pessoas solteiras, sob pena de desprestígio ao casamento formal.

Com o advento da Constituição (art. 226, § 3º) encerrou-se qualquer discussão acerca da necessidade de proteção jurídica da união estável como forma de constituição de família, o que, como se verá a seguir, não significa dizer que houve plena equiparação com o instituto do casamento.

Em tempos passados, o casamento sempre foi tido como modelo único de formação da família legítima, e por isso qualquer outra forma de união — seja heterossexual ou ho-

8 Como fora o caso do benefício social previsto na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), cujo requisito objetivo para concessão fora revisado (espécie de “mutação constitucional”) no bojo do RE 580.963/PR, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe 13/11/2013, e, também, do RE 567.985/MT, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe 02/10/2013; posteriormente à ADIn 1.232/DF, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão Ministro Nelson Jobim, j. 27/08/1998, DJ 01/06/2001.

9 KÜMPEL, Vitor Frederico. O concubinato sob uma perspectiva história (Roma). *Migalhas de Peso*, 26 set. 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/45942/o-concubinato-sob-uma-perspectiva-historica-roma>. Acesso: 16 jan. 2019.

10 FEITOZA, Vanira Fontes. *O direito sucessório entre os companheiros*. 127 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes/RJ, 2006. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/VaniraFontesFEITOZA.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

moafetiva – era absolutamente desprovida de qualquer proteção.

Com a evolução da sociedade, essa percepção de modelo de família se alterou, e também por decisão do STF e por resolução do CNJ, passou-se a conferir proteção a outras formas de união, forte nas premissas de que o afeto é um valor jurídico e que o artigo 226 da Constituição Federal abrangia, também, essas outras formas de família.

O que se percebe, desde logo, é que a função de proteção das minorias pelo Poder Judiciário decorre de uma letargia do Poder Executivo e, em especial, do Poder Legislativo, dada a ausência de leis aptas a garantir esses direitos e a necessária segurança jurídica.



Fonte: www.congressonacional.leg.br

Nos tempos modernos, o casamento passou a ser símbolo de uma instituição formal e solene, pois, ao contrário da união estável, que representa situação de fato tutelada juridicamente com laços semelhantes ao casamento, o matrimônio é uma instituição formal que só se concretiza mediante forma especial expressa em lei. Essa distinção é a marcante diferença atual dos institutos, ambos em torno do Direito de Família. Nesse sentido é a alusão de Mário Luiz Delgado ao explicitar:

[...] textos doutrinários e decisões judiciais não mudam a natureza jurídica das coisas. Por isso, casamento e união estável jamais serão a mesma coisa. Já escrevi sobre a superação da concepção monopolista do casamento como formatação legal da família, a partir do

momento em que se conseguiu *distinquir o direito de constituir família e o direito de contrair casamento*. O elenco das entidades familiares posto no art. 226 do pergaminho constitucional é meramente exemplificativo. Rol aberto a comportar indefinidas formas de constituição de família, todas elas igualmente protegidas pelo Estado, sem qualquer hierarquia.

O ponto em comum em todas, a justificar o reconhecimento e incentivo estatal, é a afetividade, pois, se muitas são as famílias em seus diversos arranjos familiares próprios, inegável que todas elas terão a sua formação pressuposta pelo afeto, com elo que as une e reúne. *A tutela estatal abrangente das entidades familiares típicas e atípicas não implica equiparação da respectiva moldura normativa, posto que, em sendo diversas as suas características, imperioso reconhecer a diversidade de regimes legais, sem que se incorra no equívoco da hierarquização*. Não existem famílias mais ou menos importantes, famílias de primeira ou de segunda classe, mas, simplesmente famílias diferentes, cada qual a seu modo, e, por isso mesmo, mais ou menos reguladas. Casamento e união estável são duas entidades familiares típicas, mas com enorme diferenciação fática e normativa. O ponto distintivo fundamental reside no seu modo de constituição e desconstituição.

O casamento pressupõe um ato formal e solene, precedido de um processo destinado a apurar a capacidade matrimonial dos nubentes. A prova de sua existência é exclusivamente documental, por meio de certidão extraída do assento público competente. A dissolução também exige um procedimento próprio e deliberação estatal. A prova de que o matrimônio dissolveu-se também exige um procedimento próprio e deliberação estatal. A prova de que o matrimônio dissolveu-se também se faz por certidão, pouco importando a realidade dos fatos. Se os ex-cônjuges, depois

de divorciados, retornam a convivência como se casados fossem, tal fato jamais terá o condão de restaurar o casamento. A união estável, por sua vez, não exige formalidade nem solenidade, mas pressupõe o fato da convivência pública, contínua e duradoura [...]

A dissolução da união estável, tanto quanto a sua constituição, também decorre de um fato da vida, o fato da cessação da convivência, não exigindo qualquer procedimento ou formalidade. A separação de fato com *animus* de definitividade é quanto basta para dissolver a união, sem necessidade de interveniência do Estado.

Assim, nos elementos gênese, êxodo e prova reside a grande distinção, a justificar, também por isso, a desigualdade de regramentos legais. Exatamente por isso é que se equivocou quem defende que as decisões do STF equipararam a UE e o casamento em todos os seus efeitos jurídicos. Não o fizeram, nem poderiam tê-lo feito. As decisões estão restritas à seara do direito das sucessões. E, ainda assim, algumas ressalvas devem ser feitas, como demonstrarei em tópico posterior deste trabalho.

Mas, o que é de se destacar no momento é que mesmo a doutrina que chamo de “igualitarista” ou “isonomista” admite a subsistência de algumas diferenças normativas entre as duas entidades familiares. Mesmo essa corrente não abraça a tese de uma equiparação total, absoluta e irrestrita entre cônjuge e companheiro, mas uma equiparação seletiva, somente no tocante às chamadas “normas de solidariedade”, a exemplo do direito a alimentos, do direito de comunhão de aquestos, de acordo com o regime de bens, e do direito à concorrência sucessória em igualdade de condições com o cônjuge. Por outro lado, nega-se a equiparação no que pertine às ditas “normas de formalidade”, tais como as formas de constituição e dissolução da união estável e do casamento, o procedimento para a alteração do regime de bens, necessariamente judicial no

casamento (art. 1.639, § 2º, do CC, e art. 734 do CPC/2015) e a obrigatoriedade de outorga conjugal para a prática de determinados atos, exclusiva para o casamento e dispensada na UE.

Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CCB/02 pelo STF, de *per se*, não promoveu uma total equiparação entre casamento e união estável, subsistindo o tratamento diferenciado em diversos aspectos¹¹.

As críticas observações lançadas pelo civilista Mário Luiz Delgado encontram eco em boa parte da doutrina – apesar de tratar de matéria polêmica – tanto assim que, no próprio RE 878.694/MG, houvera a interposição de Embargos de Declaração na tentativa de se reconhecer ao companheiro(a) em união estável a qualificação de herdeiro necessário, com implicações normativas expressas ao artigo 1.845 do Código Civil e de outros dispositivos.

Contudo, houve efeito reverso, pois a Suprema Corte foi categórica ao aduzir que a repercussão geral reconhecida no acórdão embargado dizia respeito apenas à aplicabilidade do artigo 1.829 do Código Civil às uniões estáveis, não existindo qualquer omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos. Para o Relator, “não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação com relação ao art. 1.845 ou qualquer outro dispositivo do CC, pois o objeto da repercussão geral reconhecida não os abrangiu.”

Prossegue Mário Luiz Delgado em artigo próprio a comentar a última decisão proferida em Embargos de Declaração no bojo do RE 878.694/MG, sendo que, em sua visão, a liberdade do testador e as próprias restrições legais firmadas no Código Civil não admitem interpretação fora dos marcos legais:

11 DELGADO, Mário Luiz. Os novos herdeiros legítimos. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, n. 22, jan./fev. 2018.

Os debates travados durante o julgamento me levam a concluir que o STF, não só não quis assegurar esse *status* ao companheiro, como expressamente ressaltou a prevalência da liberdade do testador, na sucessão da UE. É o que esclarecem, agora, os embargos rejeitados pela Suprema Corte.

Acrescente-se que as leis gozam de presunção de legitimidade e de constitucionalidade. Se o STF não se manifestou sobre o art. 1.845, que exclui o companheiro sobrevivente do elenco de herdeiros necessários, presume-se a sua constitucionalidade. Logo, não se pode, em absoluto, supor ou pressupor a sua inconstitucionalidade, a partir da *ratio decidendi* dos votos proferidos no acórdão embargado, para fins de afastar a sua vigência. Até que o STF volte a se manifestar sobre o tema, especificamente no que tange ao art. 1.845, a qualidade de herdeiro necessário, no nosso ordenamento jurídico, permanece restrita aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge. O companheiro, por ora, está fora desse rol.

A qualificação de cônjuge ou de companheiro decorre do atendimento ou não de formalidades ou de exigências exigidas por lei. E o art. 1.845 é nítida norma restritiva de direitos. O direito fundamental à herança não pode ser visto apenas sob a ótica do herdeiro, mas deve se pautar também pelos interesses do autor da herança, pois o exercício da autonomia privada integra o núcleo da dignidade da pessoa humana.

A designação legitimária é dever imposto ao autor da sucessão de reservar parte de seus bens a determinados herdeiros. A norma institui restrição ao livre exercício da autonomia privada, restringe, sem dúvida, a sua liberdade de disposição, constituindo, por isso, exceção no ordenamento jurídico e, conforme as regras ancestrais de hermenêutica, não se pode dar interpretação ampliativa à norma restritiva. Normas restritivas de direitos devem ser interpretadas sempre de forma também restrita. O rol do art. 1.845, portanto, é taxativo! Da mesma

forma que só a lei pode retirar qualquer herdeiro daquele elenco, somente a lei pode ampliar o seu conteúdo, não sendo permitido ao intérprete fazê-lo.

A recente decisão do STF mostra-se adequada e consentânea com as aspirações da sociedade. Restringir a liberdade testamentária do autor da herança, no caso da união estável, mostraria um absoluto descompasso com a realidade social, marcada pela interinidade dos vínculos conjugais. Notadamente nas uniões informais, que se formam e se dissolvem mais facilmente que o casamento. Sem falar na insegurança jurídica que resultaria da necessidade de reconhecimento judicial *post mortem* da UE, muitas vezes em relação de simultaneamente com um casamento válido, como se dá em grande parte das famílias recompostas. [...]

A orientação jurisprudencial e doutrinária pelo igualitarismo das entidades familiares resulta em sobreposição à própria liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente por não desejarem se submeter ao regime formal do casamento.

Não compete à doutrina ou à jurisprudência, regulamentar a união estável a ponto de atribuir-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal, o que implica, na prática, transformar a união estável em casamento contra a vontade dos conviventes¹².

De outra banda, a Procuradoria-Geral da República, ainda no mérito do RE 878.694/MG, emitiu parecer pelo não provimento do recurso. Além de corroborar os argumentos

¹² *Idem*. A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário. *Migalhas de Peso*, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/291015/a-sucessao-na-uniao-estavel-apos-o-julgamento-dos-embargos-de-declaracao-pelo-stf-o-companheiro-nao-se-tornou-herdeiro-necessario>. Acesso: 16 jan. 2019.

do recorrido, acrescentou que “tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestação da autonomia privada dos contraentes, pois, se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável, é porque a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios, ou, ainda, por preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento”.

Oportuno ressaltar que o fato de o legislador tratar de forma distinta os dois institutos não importa na conclusão equivocada de que só por isso haveria violação ao princípio da dignidade da pessoa humana ou mesmo negação a outras formas de família albergadas pelo artigo 226 da Constituição Federal.

É certo que a Carta Magna bem assim o ordenamento infraconstitucional admitem outras configurações de família; porém, com efeitos e proteção jurídica distintos em decorrência, entre outras coisas, do próprio modelo de constituição e dissolução das diferentes formas de família.

Nada impede, como dito alhures, que o legislador altere as balizas para conferir outras garantias à união estável, ou até mesmo para igualá-la ao casamento. No entanto, é pernicioso o Poder Judiciário, de maneira assoberbada, equiparar a proteção jurídica a institutos distintos, violando a autonomia privada e a separação dos poderes. Afinal, não se pode consertar o errado de maneira torta.

Não obstante, a interpretação conforme realizada pelo STF, no bojo do RE 878.694/MG, confere tratamento equânime somente para efeitos sucessórios entre os casados e os companheiros, ao restringir interpretação diversa contemplada no artigo 1.790 do Código Civil, de sorte que, a partir de então, se inaugurou nova fase do Direito de Família, na qual não é possível a distinção de regime sucessório diverso do artigo 1.829 do Código Civil indistintamente ao cônjuge ou ao companheiros sobrevivente.

Deveras, a polêmica de maior relevo é justamente o desprestígio aos limites democráticos, pois o regime político constitucional, fundado pela Carta Republicana, ampara em sua essência justamente que as deliberações políticas advenham do povo, sobretudo quanto às opções de moralidade política que regem a sociedade civil, como os limites da união estável e o casamento.

Dado pronunciamento de inconstitucionalidade quanto à distinção do regime sucessório entre cônjuge e companheiro, delineada pelo RE 878.694/MG, só pode ser revista por nova legislação, fiel à dicção democrática, onde o povo define seu destino, baseado ainda no diálogo institucional entre os Poderes. É nessa perspectiva que se funda a resposta à terceira indagação *iii*) o futuro Parlamento poderá disciplinar distintamente a união estável do casamento para efeitos gerais?

No que concerne a efeitos gerais – e não unicamente sucessórios – não se visualiza empecilho para novel regramento e possíveis distinções entre a união estável e o casamento.

Contudo, há de se respeitar, em novel legislação, um mínimo de proporcionalidade de regimes jurídicos, no âmbito de regramento, mas há de se ressaltar que o constituinte não impõe ao legislador a necessidade de regramento absolutamente igual, tanto porque a união estável e o casamento são institutos distintos, com regramentos próprios – cujas distinções devem facilitar a conversão da união estável em casamento, bem como a própria autonomia de vontade das partes.

Nota-se, nesse ponto, que, ao contrário de vedar a distinção, a própria Constituição expressamente diferenciou os institutos, cabendo exclusivamente ao legislador delinear o regramento e os efeitos de acordo com as respectivas especificidades.

A assertiva de inovação legislativa fora expressamente registrada no voto do Ministro Barroso no RE 878.694/MG, *in verbis*:

68. É importante observar, porém, que a declaração de inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, prevista no art. 1.790 do CC/2002, *não impede uma futura atuação do legislador no sentido de garantir a possibilidade de exercício de autonomia da vontade pelos companheiros (e também pelos cônjuges).* [...]

Essa perspectiva legal de renovação legislativa à união estável poderá, eventualmente, atenuar a insegurança jurídica que reina na sociedade e nas instituições jurídicas quanto à união estável, dada a fragilidade probatória para circunscrever seus requisitos efetivos. Tanto assim que, no âmbito previdenciário, tramitam milhares de ações de pensão, nas quais se reivindica o reconhecimento do benefício previdenciário, frente a um horizonte fluido e nebuloso de provas, peculiar a uma situação de fato amparada na legislação e jurisprudência da união estável, quer anterior ou posteriormente à Lei nº 13.135/2015 – norma que restringiu a duração da pensão previdenciária – em face da perspectiva de vida do dependente e do tempo de união.

A insegurança jurídica é tamanha que, atualmente, os Serviços Notariais passaram a lavrar continuamente contratos de namoro, dada a insegurança que se trava em relacionamentos e a possibilidade de extração de consequências jurídicas indesejadas no momento pelos envolvidos.

Daí a aclamada observação do Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, voltada ao Judiciário, em seu discurso de posse, para que seja observada a prudência e a contenção em suas decisões.

Prudente, pois, nova deliberação legislativa dos representantes do povo, permeada de pesquisa popular, para o melhor regramento da união estável, com facilitação ao casamento, mediante requisitos objetivos e fundados.



Fonte: www.stfj.us.br

4 Reflexos no âmbito do Direito Previdenciário

Como é sabido, reina no Direito Previdenciário expressiva insegurança quanto aos pleitos de pensões por morte – cujos efeitos são por essa natureza condizentes aos efeitos sucessórios delineados pelo STF – para aferir a real situação da companheira sobrevivente. Essa situação fora melhor aclarada a partir da Lei nº 13.135/2015, que conferiu um marco temporal mínimo de dois anos de união estável, com algumas exceções – se o óbito do segurado ocorrer por acidente – para o gozo da pensão por morte.

Interessante debate remanesce a respeito da pensão por morte das filhas de militares. Pois, no regime constitucional anterior, permitia-se tal distinção. Tanto assim que o Tribunal de Contas da União determinou, por meio de decisão normativa (TC 011.7062014-7, Acórdão 2780/2016), a revisão de pensões de militares a filhas maiores e receptoras de salário ou sustentação própria – já que a legislação de outrora não teria sido recepcionada pelo princípio constitucional de igualdade.

Contudo, a decisão fora revista pelo Ministro Edson Fachin, no STF, de forma polê-

mica¹³, no MS 35.032, pois o Relator ponderou que, a teor da Lei nº 3.373/1958 somente se autoriza a revisão de pensão concedida à filha solteira maior de 21 se casar ou tomar posse em cargo público permanente.

Dada a coerência de julgamentos, a união estável, cujos efeitos sucessórios não podem ter distinção ao casamento — consoante deliberado pelo Plenário, no RE 878.694/MG —, também se mostra oportuna para a revisão da pensão militar — consoante ilustra o posicionamento de mudança de estado civil da pensionista (que certamente alcança a união estável, sob pena dessa herdar mais do que a casada), expressão então cunhada pelo Relator no voto e respectivo dispositivo do MS 35.032.

distinções — em especial para o regime de bens.

5 Conclusões

O julgamento lançado pelo STF, por meio do RE 878.694/MG, objeto do Tema 809 do STF, reconhece que não deve haver distinção entre cônjuges e companheiro para efeitos sucessórios.

O julgado tem efeitos tão somente sobre os trilhos sucessórios. Logo, no âmbito do artigo 1.829 do Código Civil, onde se lê cônjuge, deve se entender cônjuge ou companheiro para fins sucessórios. Essa assertiva alcança o entendimento de que companheiro é herdeiro necessário. Por coerência, seus efeitos alcançam a pensão por morte, inclusive da filha militar, para os bônus e ônus daí decorrentes.

Vale ressaltar que podem surgir outras distinções jurídicas para casamento e união estável, fora dos efeitos sucessórios, pois cabe ao crivo do legislador estipular suas

13 Sobretudo em face do disposto no artigo 17 do ADCT da Constituição Federal; o artigo 3º e 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos; além da própria Convenção contra a Discriminação da Mulher, artigo 11, *caput*, “e” onde acentua plena igualdade entre homens e mulheres no âmbito da Seguridade Social.

Referências

BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 6, p. 233-250, 1998.

DELGADO, Mário Luiz. A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário. *Migalhas de Peso*, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/291015/a-sucessao-na-uniao-estavel-apos-o-julgamento-dos-embargos-de-declaracao-pelo-stf-o-companheiro-nao-se-tornou-herdeiro-necessario>. Acesso: 16 jan. 2019.

DELGADO, Mário Luiz. Os novos herdeiros legítimos. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, n. 22, jan./fev. 2018.

DRESCH, Márcia. Casamento x união estável: aspectos históricos e jurídicos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51797/casamento-x-uniao-estavel-aspectos-historicos-e-juridicos>. Acesso em: 16 jan. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FEITOZA, Vanira Fontes. *O direito sucessório entre os companheiros*. 127 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes/RJ, 2006. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/VaniraFontesFEITOZA.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24, out./dez. 1993.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Alteração e mudança da Constituição. O caso brasileiro. In: TREVISAM, Elisaide; CAVALCANTI, Thais Novaes; LEISTER, Margareth Anne (Coords.). *30 anos de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: homenagem a Professora Anna Cândida Cunha Ferraz*. Curitiba: Juruá, 2018.

FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade patrimonial e mínimo existencial: elementos de ponderação*. São Paulo: IASP, 2017.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GONZALES, Douglas Camarinha. *Conflitos federativos e interpretação constitucional*. 2. ed. ampl. São Paulo: Editora Biblioteca24 horas, 2019.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. O concubinato sob uma perspectiva história (Roma). *Migalhas de Peso*, 26 set. 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/45942/o-concubinatosob-uma-perspectiva-historica-roma>. Acesso: 16 jan. 2019.

MARQUES, Alessandra; KODHR, Amir. As origens e fundamentos da *judicial review*. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 264-299, jan./jun. 2016.

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

RAMOS, Elival Silva. *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional*. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Fadusp). São Paulo, 2009.

RAUPP, Maurício Santos. *Ativismo judicial: características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SIMÃO, José Fernando. Companheiro é herdeiro necessário? Sim. *Carta Forense*, set. 2008. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/companheiro-e-herdeiro-necessario-sim/18265>. Acesso em: 14 fev. 2020.

Revista do TRF3 - Ano XXXI - n. 145 - Abr./Jun. 2020

XAVIER, Ronaldo. *Latim no Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

O direito de autor, o direito ao reconhecimento da autoria e o debate acerca do *ghost writer*

Leonardo Estevam de Assis Zanini



Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais e Direito do Consumidor. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

RESUMO: O presente artigo realiza um breve estudo sobre o regime jurídico do direito ao reconhecimento da autoria e a figura do *ghost writer* no direito brasileiro. Para tanto, faz uso das decisões judiciais proferidas no caso relativo à discussão de autoria da obra literária “O doce veneno do escorpião”, que relata a vida da personagem Bruna Surfistinha. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, o que é feito para analisar a solução judicial dada ao caso objeto do estudo. Os temas mais relevantes da matéria são debatidos, como o direito ao reconhecimento da autoria, a obra protegida pelo direito de autor, bem como as convenções envolvendo a figura do *ghost writer*. Merece ainda destaque a apresentação de breves notas acerca do problema do *ghost writer* na Alemanha e na França. Assim sendo, o objetivo desse trabalho é discutir se a solução judicial dada ao caso Bruna Surfistinha foi a mais adequada, considerando o direito de autor, o direito ao reconhecimento da autoria e as convenções sobre o *ghost writer*.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade. Direito de autor. Direito moral de autor. Direito ao reconhecimento da autoria. *Ghost writer*.

ABSTRACT: The present article makes a brief study on the legal regime of the right to recognition of authorship and the figure of the ghost writer in Brazilian law. In order to do so, it makes use of the judicial decisions rendered in the Bruna Surfistinha case, which discussed

the authorship of the literary work “O doce veneno do escorpião” (The sweet poison of the scorpion), which reports on the life of the character Bruna Surfistinha. It is a research that uses descriptive methodology, based fundamentally on bibliographic research, which is done to analyze the judicial solution given to the case object of the study. The most relevant issues of the matter are analyzed, such as the right to recognition of authorship, the work protected by the copyright law, as well as the conventions involving the figure of the ghost writer. It is also worth mentioning the presentation of brief notes on the problem of the ghost writer in Germany and France. Therefore, the objective of this work is to discuss if the judicial solution given to the Bruna Surfistinha case was the most adequate, considering the copyright, the right to the recognition of authorship and the ghost writer conventions.

KEYWORDS: Rights of the personality. Copyright. Right to recognition of authorship. Ghost writer.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O direito ao reconhecimento da autoria. 3 A argumentação utilizada nas decisões judiciais do caso Bruna Surfistinha. 4 A obra protegida pelo direito de autor. 5 As convenções sobre o direito de paternidade e a figura do *ghost writer*. 5.1 Considerações iniciais. 5.2 Os primeiros passos da doutrina e da jurisprudência. 6 O direito de paternidade e o *ghost writer* no caso Bruna Surfistinha. 7 Notas sobre o *ghost writer* no direito estrangeiro. 7.1 O *ghost writer* na Alemanha. 7.2 O *ghost writer* na França. 8 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

No ano de 2005, foi lançado no Brasil o livro “O doce veneno do escorpião: o diário de uma garota de programa”, que rapidamente se tornou bastante conhecido, vendendo milhares de cópias. A obra, que foi inclusive publicada em muitos outros países, relata a história de Raquel Pacheco, conhecida como Bruna Surfistinha, uma jovem da classe média da cidade de São Paulo que resolveu abandonar a sua família para se tornar uma garota de programa.

Em face do grande sucesso do livro, as aventuras sexuais e afetivas da garota de programa foram transportadas para as telas de cinema, com o lançamento, no ano de 2011, do filme “Bruna Surfistinha”, dirigido por Marcus Baldini. Entretanto, o *best-seller* que deu origem ao filme não foi redigido pela própria personagem, mas sim por um escritor contratado para a sua elaboração, não obstante constar Bruna Surfistinha como sendo a sua autora.

Dessa maneira, após o sucesso de vendas no Brasil e no exterior, o verdadeiro escritor, Jorge Roberto Tarquini, ajuizou ação contra Raquel Pacheco e a Editora Original, responsável pela publicação do livro, alegando que o livro não tinha sido escrito pela personagem, mas sim pelo autor da ação. Pediu-se na demanda o reconhecimento de Tarquini como o único autor do livro, bem como o pagamento de indenização pela violação dos direitos patrimoniais e morais do escritor.

Diante desse quadro, o presente artigo se propõe a analisar o problema jurídico resultante da atuação do *ghost writer*, levando em conta as decisões judiciais proferidas no caso Bruna Surfistinha, bem como a adequação dos julgados à legislação e às construções doutrinárias. Para tanto, antes da discussão acerca dos problemas jurídicos apresentados pelo *ghost writer*, é necessária a compreensão do direito moral do autor ao reconhecimento da autoria.

2 O direito ao reconhecimento da autoria

O criador de uma obra usualmente quer ser reconhecido como seu autor, pois a assinatura de um trabalho pode influir positivamente na forma como ele é visto pela sociedade. Logicamente, a boa fama, eventualmente adquirida pelo autor, está diretamente ligada à qualidade da manifestação de sua personalidade inserida na própria obra.

A assinatura de um trabalho é, sem dúvida, uma forma de se fazer conhecido em seu tempo. Também permite a imortalização da personalidade, que se torna presente também na posteridade, visto que o autor continua vivo em sua obra¹.

Com efeito, mesmo antes do surgimento da legislação protetiva, a ligação da obra ao nome do autor já tinha a função de garantir a defesa contra falsários, que encontravam maiores dificuldades para lesar o autor de uma obra assinada. Michelangelo, por exemplo, procedeu desse modo ao completar sua obra Pietá, no ano de 1501, uma vez que prontamente assinou seu nome².

Pois bem, na medida em que a proteção do autor foi evoluindo, percebeu-se que o reconhecimento da autoria, também designado como direito de paternidade do autor, consistia no ponto mais fundamental e menos contestado dessa tutela, visto que diretamente ligado ao direito geral da personalidade³.

O direito ao reconhecimento da autoria é, então, no quadro dos direitos da personalidade do autor, o tema central de proteção⁴.



Fonte: www.shutterstock.com

Tanto é assim que, conforme ensina Chinellato, “não se encontrou nenhuma legislação que não o reconheça, pois é considerado um dos primeiros e mais importantes direitos morais do autor”⁵⁻⁶.

Nesse contexto, o direito ao reconhecimento da autoria protege a vinculação personalística existente entre o autor e a obra⁷. Encontra previsão expressa na Lei nº

1 SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 184.

2 *Ibidem*, p. 184.

3 STROWEL, Alain. *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*. Paris: LGDJ, 1993, p. 496.

4 DIETZ, Adolf; PEUKERT, Alexander. Vor §§ 12 ff., §§ 12-14, 42. In: SCHRICKER, Gerhard; LOEWENHEIM, Ulrich (Hrsg.). *Urheberrecht: Kommentar*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 871.

5 CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 166.

6 No que diz respeito aos países que adotam o sistema do *copyright*, é certo que a legislação normalmente não contém normas gerais sobre o reconhecimento da paternidade. No entanto, mesmo nesses ordenamentos avessos aos direitos da personalidade do autor, há disposições que permitem inferir a existência do direito ao reconhecimento da autoria, como é o caso da obrigação de indicar a fonte (LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 166).

7 Conforme ensina Pontes de Miranda, essa “identificação pessoal, essa ligação do agente à obra, essa relação de autoria, é o vínculo psíquico, fático, inabluível, portanto

9.610/1998 (legislação sobre direitos autorais), a qual estabelece que o autor tem o direito moral de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra, bem como de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização da obra (art. 24, I e II)⁸. Ademais, o artigo 12 da mesma lei prevê ainda que o autor de obra literária, artística ou científica, para se identificar como tal, poderá “usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional”⁹. Por fim, faz-se necessário lembrar que o autor é considerado pela lei como a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica (art. 11 da Lei nº 9.610/1998)¹⁰.

3 A argumentação utilizada nas decisões judiciais do caso Bruna Surfistinha

Feitas as observações anteriores de ordem teórica, é certo que na jurisprudência brasileira não é muito comum o exame e a apresentação de discussões voltadas especificamente para o tema do direito de paternidade sobre uma obra. Apesar disso, no caso

Bruna Surfistinha, os problemas do direito de paternidade e do *ghost writer* foram o objeto precípua da discussão, o que justifica a presente análise.

Pois bem, a demanda foi proposta pelo escritor Jorge Roberto Tarquini, que pretendia ver reconhecido o seu direito à paternidade exclusiva sobre a obra “O doce veneno do escorpião”, não obstante ter celebrado com a editora corrê (Editora Original) um contrato de cessão de direitos autorais. Argumentou o autor que para a criação do livro foram necessárias pesquisas de campo e entrevistas com a corrê Raquel. Além disso, ressaltou que o ineditismo do trabalho está na seleção do material e no fato de terem sido intercaladas as histórias vividas por “Bruna Surfistinha” e por “Raquel”, o que revela ao leitor o motivo que levou a protagonista a fugir de casa e se transformar em uma garota de programa.

Em primeira instância, foi decidido que a parte autora não criou nenhuma obra. O magistrado asseverou que a simples tarefa de redigir os acontecimentos vivenciados pela corrê Raquel e pela personagem por ela inventada não podia ser qualificada como qualquer tipo de produção literária, artística ou criativa. A sentença então qualificou a atividade do escritor como a de um mero prestador de serviços, julgando improcedente o pedido.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo ponderou que a editora corrê contratou os serviços do escritor para, na condição de *ghost writer*, organizar os fatos e as histórias contadas pela corrê Raquel e, a partir daí, redigir o livro que foi publicado. Aliás, o voto do relator evidenciou em que consistiu o trabalho da parte autora no seguinte trecho:

O recorrente, por sua vez, com a sua grande habilidade profissional, pôde transformar todo o referido conteúdo recebido em um sucesso editorial, mas justamente prestando o serviço de transportar para a forma escrita as pala-

indissolúvel” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. VII, p. 177). De acordo com Adriano de Cupis, a “paternidade intelectual representa um vínculo espiritual indissolúvel entre o autor e a sua obra” (CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004, p. 336).

8 Art. 24 da Lei nº 9.610/1998: “São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;”.

9 Art. 12 da Lei nº 9.610/1998: “Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional”.

10 Art. 11 da Lei nº 9.610/1998: “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”.

vras e sentimentos emitidos pela recorrida Raquel, bem como, posteriormente, escolhendo as histórias e as ordenando de forma a trazer um conteúdo de mistério e envolvimento ao leitor, captando o espírito do próprio gênero literário e desenvolvendo com eficiência o próprio trabalho para o qual foi contratado¹¹.

O acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo ainda declarou que o autor tinha ciência, ao assinar o contrato, de que não seria considerado o criador da obra. Por isso, o sodalício entendeu serem aplicáveis ao caso os princípios da boa-fé objetiva, do consensualismo e da autonomia da vontade, uma vez que os contratantes, de livre e espontânea vontade, pontuaram como a relação jurídica se desenvolveria¹².

Por conseguinte, reconheceu-se a validade do negócio jurídico de cessão dos direitos autorais, bem como a ausência de violação a direitos morais e patrimoniais, pelo que a obra teria sido corretamente atribuída unicamente à *corré* Raquel.

4 A obra protegida pelo direito de autor

No caso em questão, não resta dúvida que se está diante de um contrato de *ghost*

writer, onde o autor da ação judicial realizou pesquisas e entrevistas e, a partir daí, fazendo uso de seu espírito criativo, construiu a obra “O doce veneno do escorpião”.

Nessa linha, é fundamental a análise do problema relacionado à obra protegida pelo direito de autor, pois, antes mesmo da discussão acerca do contrato de *ghost writer*, é mister se saber se o autor da ação judicial realmente produziu uma obra protegida pelo direito de autor.

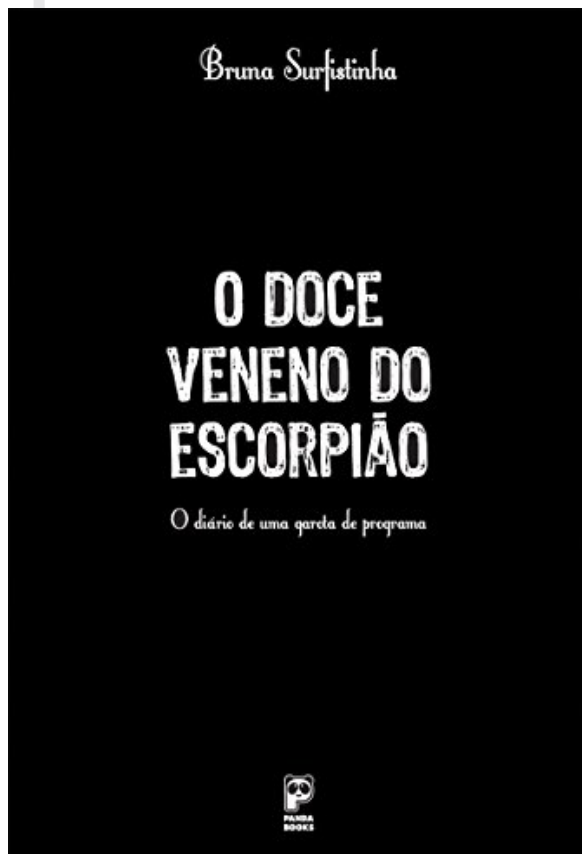
O artigo 7º da Lei nº 9.610/1998 estabelece que são “obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. Assim sendo, é certo que coube ao escritor, autor da ação judicial, a criação do livro, pois foi ele quem selecionou as situações que reputou mais coerentes e interessantes, criou uma narrativa intercalando fatos ocorridos antes e depois da fuga de Raquel de sua casa, bem como imprimiu na obra a sua personalidade, em particular a sua forma de ver a vida e as experiências das personagens abordadas.

Ora, a lei autoral, como mencionada, somente dá proteção às criações do espírito que foram expressas ou fixadas em um suporte, seja ele tangível ou não, sendo irrelevante se os fatos foram anteriormente narrados pela protagonista da obra. Se não fosse esta a correta interpretação a ser dada à lei, toda e qualquer obra biográfica não poderia ser imputada a outra pessoa que não fosse aquela da qual a criação conta a história de vida.

Realmente, não se poderia pensar, por exemplo, na biografia de uma pessoa famosa que não fosse por ela mesma escrita, uma vez que no processo de elaboração desse tipo de trabalho também são feitas pesquisas e entrevistas com os personagens envolvidos. Igualmente, seria inadmissível uma biografia póstuma, ou seria necessário atribuir a biografia póstuma à própria pessoa já falecida.

11 Transcrevemos a ementa do julgado: “Responsabilidade civil. Direito autoral. Pedido de reconhecimento do ‘ghost writer’ (escritor fantasma) como único e exclusivo autor da obra literária ‘o doce veneno do escorpião’. Obrigação de fazer. Ressarcimento por danos patrimoniais e morais. Impossibilidade por ausência de criação e falta de previsão legal. Análise do contrato firmando entre apelante e a apelada editora. Preliminares de nulidade. Rejeitadas. Sentença mantida. Recurso improvido”. (TJ/SP, 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0181194-46.2008.8.26.0100, Relator Desembargador Coelho Mendes, j. 05/04/2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5075844>. Acesso em: 9 mar. 2019.)

12 *Ibidem*.



Fonte: www.amazon.com.br

Desse modo, ainda que a colheita do material para a criação do livro tenha vindo em grande parte dos relatos da corré Raquel, coube ao escritor todo o trabalho de produção da obra, incluindo aí a ideia de intercalar momentos diferentes da vida da protagonista, o que certamente encontra proteção na lei autoral brasileira, conforme dispõe o artigo 7º da Lei nº 9.610/1998.

Ademais, deve-se ainda notar que a proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero (art. 10 da Lei nº 9.610/1998), mais um argumento que reforçaria a tese do autor da ação, haja vista que o título dado à obra, “O doce veneno do escorpião: o diário de uma garota de programa”, preenche os requisitos mencionados¹³.

¹³ Nessa situação também não se pode admitir que um

5 As convenções sobre o direito de paternidade e a figura do *ghost writer*

5.1 Considerações iniciais

As convenções envolvendo o direito ao reconhecimento da autoria são um assunto que tem causado muito desconforto entre os estudiosos. Elas são muito frequentes no âmbito da edição literária, mas também estão presentes no campo do audiovisual¹⁴. No caso em questão, não há dúvida acerca da existência de uma convenção na qual o escritor contratado pela editora alienou o texto elaborado a Raquel Pacheco, que ficou conhecida pelo público como a autora do referido livro.

Esse tipo de problema não é nenhuma novidade, já existia antes mesmo do surgimento do direito de autor. De fato, na Antiguidade Clássica, as convenções sobre o direito de paternidade já eram objeto de disputas. Muito comuns eram os casos em que um autor se despojava completamente do seu direito de paternidade sobre a obra, transferindo-o a outra pessoa, como se a autoria fosse meramente um direito de propriedade¹⁵.

Com o aperfeiçoamento da matéria, particularmente com o desenvolvimento dos direitos da personalidade, o problema passou a ser levado aos tribunais, onde os magistrados se viam diante de um dilema. Por um lado, o autor tem o direito de se manter anônimo, o que vincula aqueles que adquirem o direito de utilização da obra. Mas, por outro lado, o autor não perde o direito ao reconheci-

simples agradecimento, feito no interior do livro, seja suficiente para afastar a paternidade do verdadeiro autor em relação à obra (GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010, p. 236).

¹⁴ VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean-Michel. *Droit d'auteur*. Paris: Dalloz, 2009, p. 312.

¹⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, *passim*.

mento da autoria (também chamado de direito de paternidade), ainda que tenha renunciado expressamente. E vale ressaltar que mesmo a ideia de anonimato é provisória, pois o autor pode se revelar a qualquer tempo ao público¹⁶.

Assim sendo, a validade das cessões do direito de paternidade por meio dos contratos conhecidos como *de nègre* (em francês)¹⁷ ou *ghost writer* (em inglês), nos quais um autor aceita a atribuição da paternidade de seu trabalho a outra pessoa (autor aparente), é matéria bastante discutível, trazendo principalmente à tona o problema da renúncia aos direitos da personalidade do autor (art. 27 da Lei nº 9.610/1998)¹⁸.

5.2 Os primeiros passos da doutrina e da jurisprudência

Uma das primeiras demandas sobre a matéria envolveu os escritores Alexandre Dumas e Auguste Maquet e foi levada à Corte de Paris, onde se decidiu que o nome do autor poderia ser objeto de todo tipo de estipulação, admitindo-se inclusive sua omissão no título, desde que assim tivesse sido convencionado¹⁹.

A admissão de cláusulas abdicativas ao direito de paternidade também pode ser encontrada em outras decisões francesas, mesmo após a Lei de 1957. Isso ocorreu, por exemplo, em uma ação em que se pretendia o reconhecimento do direito de Julia Daudet, esposa de Alphonse Daudet, de figurar como

coautora dos livros de seu marido. No julgado foi evidenciado que a vontade comum do casal levou à publicação das obras em nome apenas de Alphonse Daudet²⁰.

Na doutrina, uma das primeiras tentativas de solucionar o impasse foi apresentada em 1935, por Michaélidès-Nouaros, o qual entendia que deveriam ser declarados nulos os contratos em que ambas as partes tinham a intenção de enganar o público com a indicação de uma pessoa que não era o verdadeiro autor da obra. Em contrapartida, ainda com fundamento nos bons costumes e no interesse da coletividade, o estudioso advertia que deveriam ser tidos como válidos os contratos onde não restasse evidente a intenção de enganar o público²¹.

A concepção, entretanto, peca justamente no ponto em que leva em consideração o interesse público como critério balizador da validade dos contratos de *ghost writer*. É que o eventual interesse da coletividade não passa de um elemento externo à contratação, que não guarda nenhuma relação com o direito de autor, cujo objetivo não é a proteção de produtos comerciais, nem a regulamentação da concorrência desleal e muito menos a tutela dos direitos do consumidor, mas sim a proteção da personalidade do criador²².

Dessa forma, por se tratar de um critério que nada tem a ver com o direito de autor, a ideia de se invalidar os contratos de *ghost writer* com base no interesse da coletividade foi abandonada. Por conseguinte, na linha do direito francês, não há espaço para a admissão da referida concepção no ordenamento jurídico brasileiro, visto que o sistema pátrio fundamenta a solução desse problema nos

16 GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010, p. 237.

17 A expressão francesa “*conventions de nègres*”, bastante deslegante, remete à ideia da exploração escravagista (VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean-Michel. *Droit d'auteur*. Paris: Dalloz, 2009, p. 312).

18 Art. 27 da Lei nº 9.610/1998: “Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”.

19 LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*. Aix-en-provence: PUAM, 2002, p. 456-457.

20 LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3. ed. Paris: Litec, 2006, p. 371.

21 LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*. Aix-en-provence: PUAM, 2002, p. 457.

22 *Ibidem*, p. 457-458.

direitos da personalidade do autor (também conhecidos como direitos morais do autor), conforme será visto a seguir.

6 O direito de paternidade e o *ghost writer* no caso Bruna Surfistinha

Superada a discussão acerca da existência de uma obra protegida pelo direito de autor, passa-se propriamente ao problema da convenção de *ghost writer*.

Seguindo o entendimento dominante na Alemanha e na França, fica claro que é possível o não exercício do direito de paternidade por parte do autor, o que guarda paralelo com o direito ao anonimato. Nessa senda, como é admissível o não exercício do direito de paternidade por meio do anonimato, não haveria, em princípio, nenhum impedimento a que o autor deixasse de manifestar sua autoria e permitisse que outrem a assumisse²³.

A situação não pode ser comparada com a renúncia ao direito de paternidade, vedada pela lei (art. 27 da Lei nº 9.610/1998), visto que o defendido é simplesmente o seu não exercício²⁴. Assim, admitindo-se o não exercício do direito de paternidade, que é um direito da personalidade do autor, nada impediria a celebração do negócio jurídico com o *ghost writer*, o qual seria considerado válido.

Entretanto, como o autor não pode renunciar ao direito de paternidade, cabendo-lhe o direito de reivindicá-lo a qualquer tempo, independentemente dos direitos patrimoniais e mesmo depois de sua cessão²⁵,

é certo que eventual contratação envolvendo o direito de paternidade tem caráter precário ou provisório²⁶.

Em realidade, o que ocorre é uma contratação onde o verdadeiro criador permite que terceiro seja tido temporariamente como autor (aparente), surgindo aí meramente uma obrigação de não fazer (*obligatio ad non faciendum*), consistente em não reivindicar a paternidade da obra por um determinado lapso de tempo, que, por segurança, para que se evite discussões posteriores, deve ser expressamente prevista no contrato.

Desta feita, com a expressa previsão contratual, que obviamente não pode significar renúncia à paternidade, deve o verdadeiro autor se omitir no que toca à reivindicação da autoria por determinado período. Decorrido o prazo, é possível a reivindicação da paternidade, não cabendo ao outro contratante o direito ao pagamento de perdas e danos, visto que houve respeito à boa-fé e aos prazos estabelecidos contratualmente²⁷.

Outrossim, no que toca à precariedade da contratação, acredita-se que é cabível no direito brasileiro, tal qual foi proposto por Osenberg no direito alemão, a limitação ao prazo máximo de cinco anos²⁸. Não seria então possível a pretensão de silêncio do verdadeiro autor quanto à paternidade da obra por prazo superior a cinco anos, findo o qual seria possível o reconhecimento da autoria sem

23 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, *passim*.

24 DIETZ, Claire. Rechte des Urheber: Urheberpersönlichkeitsrecht. In: WANDTKE, Artur-Axel (Hrsg.). *Urheberrecht*. Berlin: De Gruyter, 2009, p. 98.

25 No Brasil, vale aqui mencionar que Walter Moraes já cuidava do tema desde 1977, lecionando que “autor não pode negociar a autoria, não pode ceder a outrem a qualidade de autor. Um negócio desses, embora aconteça na prá-

tica, é de valor nenhum. E nesse caso, o autor pode, em qualquer tempo, voltar a exigir a indicação de seu nome ao pé da obra. A ação judicial que viesse a pleitear a reposição do nome seria causa seguramente ganha” (MORAES, Walter. *Questões de direito de autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 46).

26 GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010, p. 236.

27 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015, *passim*.

28 OSENBERG, Ralph. *Die Unverzichtbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts*. Freiburg: Hochschulverlag, 1985, p. 119-120.

nenhuma consequência obrigacional negativa para o verdadeiro criador da obra.



Fonte: www.commonswikimedia.org

Ademais, o prazo de cinco anos decorre do próprio espírito da lei autoral brasileira, que não permite a cessão de direitos de autor sobre obras futuras por prazo superior a cinco anos (art. 51 da Lei nº 9.610/1998)²⁹ nem a transferência a terceiros dos direitos patrimoniais, quando não houver estipulação contratual escrita, por prazo superior a cinco anos (art. 49, III, da Lei nº 9.610/1998)³⁰.

29 Art. 51 da Lei nº 9.610/1998: “A cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos. Parágrafo único. O prazo será reduzido a cinco anos sempre que indeterminado ou superior, diminuindo-se, na devida proporção, o preço estipulado”.

30 Art. 49, III, da Lei nº 9.610/1998: “Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: (...) III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos”.

Assim sendo, se nestas hipóteses não é possível a cessão por prazo superior a cinco anos, também não se poderá pretender, por analogia, que a contratação de obrigação de não fazer, consistente em não reclamar a autoria e permitir que ela seja atribuída a outra pessoa, possa superar o prazo de cinco anos. Aliás, entendimento contrário poderia significar a própria renúncia ao direito de paternidade, o que não é admissível, visto que o direito ao reconhecimento da autoria faz parte do núcleo irrenunciável dos direitos da personalidade do autor³¹.

Em suma, entende-se que, quando o autor se obriga a não reivindicar a paternidade de determinada obra, autorizando sua publicação anônima ou em nome de outra pessoa, não há que se falar em renúncia ao direito de paternidade, mas sim em não exercício desse direito. A contratação é válida, entretanto, o não exercício do direito de paternidade ficará sempre vinculado a um prazo expressamente previsto no contrato, nunca superior a cinco anos. Findo o prazo estabelecido ou decorrido o prazo de cinco anos, ficará livre o autor para reivindicar a paternidade da obra, não havendo que se falar em pagamento de perdas e danos.

Por outro lado, se o autor descumprir o acordado, reivindicando a paternidade antes do término do prazo, mesmo assim deverá ser reconhecido o seu direito de figurar como autor da obra, já que se está diante de direito da personalidade irrenunciável (art. 11 do Código Civil)³², porém, o desrespeito à contratação e à boa-fé conduzirão ao pagamento de perdas e danos. A convenção envolvendo direito de paternidade é, então, revogável *ad nutum*, podendo o verdadeiro autor, a qualquer momento, pleitear seu direito da personalidade³³. Ademais, o re-

31 LETTL, Tobias. *Urheberrecht*. München: C.H.Beck, 2008, p. 100.

32 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

33 GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010, p. 236.

conhecimento da autoria terá eficácia *ex nunc*, sendo admissível a sua retificação apenas nos suportes produzidos após a decisão judicial³⁴.

Por fim, o deferimento do pedido de reconhecimento da paternidade da obra não tem o condão de alterar a contratação engendrada no que toca ao direito de utilização da obra, de maneira que o autor terá seu nome ligado ao trabalho por ele criado, mas se cedeu totalmente os direitos de utilização da obra, não será admissível qualquer pretensão pecuniária no que diz respeito aos direitos patrimoniais³⁵.

7 Notas sobre o *ghost writer* no direito estrangeiro

7.1 O *ghost writer* na Alemanha

Na Alemanha, os estudiosos também se debruçaram sobre o assunto, apresentando

várias teorias para tentar justificar os contratos de *ghost writer*.

Entre as propostas, podemos citar a de Hansjörg Stolz, que, no livro “Der Ghostwriter im deutschen Recht”, admite a validade desses contratos se na obra for expressa a personalidade daquele que não é o seu verdadeiro autor (“Eine vertragliche Gestattung ist zulässig, wenn sich der Ghostwriter bei seinem Schaffen an der Persönlichkeit des Dritten orientiert hat”). Coloca ainda como condicionante a existência de correspondência entre a personalidade daquele que está assumindo a autoria e o estilo e conteúdo do trabalho³⁶.

Todavia, a maioria da doutrina alemã considera que tese de Stolz é muito ampla, abrindo um leque muito extenso e perigoso de exceções à proibição da renúncia ou transferência do direito de paternidade. De fato, os estudiosos alemães têm entendimento convergente no que toca às necessidades práticas relacionadas ao tema, reconhecendo que as convenções que atingem a intransmissibilidade dos direitos da personalidade do autor devem ser tratadas com muita prudência³⁷.

Ademais, nos casos em que admitem a contratação da manutenção do silêncio do autor quanto ao seu direito de paternidade, ponderam, segundo proposta de Osenberg, que o acordo não poderá superar o prazo de cinco anos. Tal limitação temporal resulta da aplicação por analogia do § 41, 4 da UrhG, o qual prevê a impossibilidade de renúncia antecipada do direito de retirada e a proibição de seu não exercício por mais de cinco anos³⁸⁻³⁹.

34 Em linhas gerais, a mesma doutrina é defendida por Ascensão: “Este direito pode ser convencionado limitado, como veremos que pode acontecer com todos os direitos pessoais. Assim, o autor compromete-se validamente a não exercer o seu direito em dada relação. Mas não pode renunciar ao direito em si. Nem pode sequer pactuar validamente que um outro será apresentado como autor, pois semelhante contrato violaria a fé pública, por razões análogas às expostas a propósito da exclusão da atribuição originária do direito de autor a outrem. E mesmo o acordo que fizer, de não exercer o seu direito em dada situação, tem mera eficácia obrigacional e não atinge a sua posição de autor. Pode, não obstante, a todo momento reivindicar a paternidade da obra. A sua pretensão, dada a prevalência das razões pessoais, sairá vitoriosa, muito embora fique obrigado à indenização de perdas e danos em benefício daquele com quem contratou” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 142).

35 Outrossim, é de se observar que o regime jurídico apresentado também se aplica aos casos de obra produzida em falsa colaboração, ou seja, na situação em que duas pessoas aparecem como autores, mas apenas uma delas efetivamente criou o trabalho, o que é muito comum em matéria musical, quando aquele que nada produziu figura como autor ao lado do verdadeiro artista (GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010, p. 237).

36 STOLZ, Hansjörg. *Der Ghostwriter im deutschen Recht*. München: C.H. Beck, 1971, *passim*.

37 LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*. Aix-en-provence: PUAM, 2002, p. 459-460.

38 OSENBERG, Ralph. *Die Unverzichtbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts*. Freiburg: Hochschulverlag, 1985, p. 119-120.

39 § 41, 4 da UrhG: “Auf das Rückrufsrecht kann im voraus

Dietz e Peukert não deixam de lembrar as condições apresentadas por Stolz para a admissão de negócios jurídicos envolvendo o direito de paternidade. Aduzem, no entanto, que a renúncia ao referido direito por todo o período de duração dos direitos do autor não pode ser admitida, sendo somente possível que a utilização de um pseudônimo, a publicação anônima da obra, ou em nome de outrem, seja contratualmente exigível pelo período máximo de cinco anos, prazo que deriva da aplicação analógica do § 41, 4 da UrhG⁴⁰.

O tema é tratado da mesma forma por Rehbinder, o que denota a mencionada unidade do pensamento alemão. Conforme o professor das universidades de Freiburg (Alemanha) e de Zurique (Suíça), apesar de opiniões isoladas admitindo a renúncia, na verdade o direito do autor ao reconhecimento da autoria é inevitável. A partir daí, elucida que os pactos de *ghost writer* têm validade, mas seus efeitos dizem respeito apenas ao campo obrigacional, de maneira que um eventual descumprimento conduz simplesmente ao pagamento de indenização por perdas e danos. Ademais, também destaca que os negócios envolvendo o direito de paternidade, por analogia ao disposto no § 41, 4 da UrhG, podem ter duração máxima de até cinco anos⁴¹.

Por derradeiro, não é diferente o ponto de vista de Schack, o qual destaca que os contratos de *ghost writer* representam apenas o não exercício obrigacional e limitado

no tempo do direito de paternidade. Assim sendo, havendo ou não contratação, é certo que o criador não pode renunciar ao direito de paternidade⁴².

7.2 O *ghost writer* na França

Na França, a doutrina está dividida, sustentando dois pontos de vista diversos. Alguns autores, como Colombet e Sirinelli, pregam simplesmente a nulidade dos contratos de *ghost writer*, enquanto outros estudiosos, ainda que aguerridos defensores dos direitos da personalidade do autor, são mais comedidos, não reconhecendo a nulidade dos referidos negócios jurídicos⁴³.

O segundo posicionamento, advogado por parcela importante dos estudiosos, apesar de se postar a favor do não exercício do direito de paternidade, o que é reputado válido, em contrapartida sujeita tais obrigações à precariedade, de maneira que fica sempre permitido ao autor, a qualquer momento, o

nicht verzichtet werden. Seine Ausübung kann im voraus für mehr als fünf Jahre nicht ausgeschlossen werden". Tradução livre: "O direito de retirada não pode ser antecipadamente renunciado. Seu exercício não pode ser antecipadamente excluído por mais de cinco anos".

40 DIETZ, Adolf; PEUKERT, Alexander. § 15, § 16 A, B, E und F, § 17. In: LOEWENHEIM, Ulrich (Hrsg.). *Handbuch des Urheberrechts*. 2. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 240.

41 REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 256.

42 SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 187. A mesma linha de raciocínio é seguida por Schmid, Wirth e Seifert, que esclarecem que os direitos da personalidade do autor não são disponíveis, sendo ineficaz eventual renúncia. Aditem, igualmente, que em uma relação obrigacional não seja exercido, por determinado período, o direito de paternidade (SCHMID, Matthias; WIRTH, Thomas; SEIFERT, Fedor. *Urheberrechtsgesetz mit Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*: Handkommentar. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 90). Wandtke vê o direito ao reconhecimento da autoria como irrenunciável e intransferível, decorrendo tais características do princípio da criação. Assim, este direito não pode ser transferido ao empregador ou a outro colega de trabalho. Destaca, ainda, que o direito de paternidade não pode ser excluído pela lei ou por um contrato, de maneira que quem contratualmente se obriga como *ghost writer* não está renunciando ao direito de paternidade, mas sim apenas criando um direito de eficácia obrigacional (WANDTKE, Artur-Axel. *Urhebervertragsrecht*. In: WANDTKE, Artur-Axel (Hrsg.). *Urheberrecht*. Berlin: De Gruyter, 2009, p. 183).

43 LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*. Aix-en-provence: PUAM, 2002, p. 460.

direito de se revelar como criador da obra⁴⁴.

Na jurisprudência francesa, há notícia de demandas envolvendo a temática, como ocorre quando se está diante de um coautor que renunciou ao seu direito de paternidade em proveito de seu colaborador⁴⁵. Evidentemente, isso não é a mesma coisa que a criação integral de uma obra e sua posterior abdicação em favor de terceiro, mas a solução passa pelos mesmos princípios e dispositivos normativos.

Entre os casos que merecem referência, em uma disputa iniciada por Etienne de Montpezat foi discutido o direito de paternidade de uma obra de conteúdo autobiográfico, que foi elaborada por Montpezat em colaboração com as pessoas que são tratadas no livro. A escritora pediu que seu nome constasse nos exemplares da obra, ainda que ela tenha renunciado ao direito de paternidade. A decisão da Corte de Apelação de Paris, em 1986, tomou como válido o acordo *de nègre*, mas se postou favoravelmente à tese da simples revogabilidade *ad nutum* do que foi contratado⁴⁶.

Em outro processo, disputou-se a autoria do romance “La nuit du sérail”, que tinha sido escrito conjuntamente por Michel de Grèce e Anne Bragance. A despeito da colaboração dos dois autores para a criação da obra, Bragance renunciou à autoria em favor de Grèce, de maneira que a obra foi publicada apenas no nome do último. O caso envolvia a possibilidade de renúncia ao direito de pater-

nidade, a validade do contrato *de nègre*, bem como a definitividade ou não da renúncia. A conclusão da Corte de Apelação de Paris foi no sentido de admitir a validade da cláusula que estabelecia a renúncia da autoria de um criador em benefício de outro, porém, ao mesmo tempo, permitiu a Bragance o afastamento *ex nunc* da cláusula abdicativa, autorizando a inclusão de seu nome nos exemplares futuros da obra⁴⁷.

No mesmo sentido, poder-se-ia citar outros casos, no entanto, já restou claro que a jurisprudência francesa mais recente tem reconhecido, majoritariamente, a validade dos contratos *de nègre*. Em contrapartida, autoriza que o acordo entabulado seja revogado *ad nutum*, cujos efeitos serão sentidos somente a partir do momento em que o negócio jurídico foi denunciado⁴⁸. E essa mesma lógica, conforme ensina Gautier, também deve ser aplicada às oficinas de escrita (*ateliers d'écriture*), que se utilizam do trabalho anônimo de vários autores para redigir textos para uma equipe de autores identificados, situação que deve ser tratada com todo rigor pelos juízes, para que se coíbam novas formas de servidões pessoais⁴⁹.

8 Considerações finais

Diante dos estudos apresentados, é certo que as decisões judiciais do caso Bruna Surfistinha se pautaram pela inexistência da produção de uma obra intelectual por parte do escritor. Esse foi o caminho mais simplista para a resolução da disputa judicial, ou seja, considerou-se que o escritor não produziu uma obra passível de proteção, pois os julgados entenderam que a obra foi produzida pela protagonista Raquel.

A despeito das decisões judiciais, foi

44 Segundo Pollaud-Dulian, a contratação de “nègre” é precária, pois o verdadeiro autor tem o direito de revelar, a qualquer momento, sua identidade, o que pode ser feito com base no artigo L. 121-1 do Código de Propriedade Intelectual. Destaca ainda que é inconcebível a aplicação na França de uma lei estrangeira que venha a privar o verdadeiro autor de seu direito moral de paternidade (POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 389 e 823-824).

45 LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*. Aix-en-provence: PUAM, 2002, p. 460-461.

46 *Ibidem*, p. 462.

47 *Ibidem*, p. 462.

48 *Ibidem*, p. 464.

49 GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010, p. 236.

demonstrado, no presente trabalho, que o escritor da obra realmente produziu um trabalho digno de proteção pelo direito de autor, o que afasta integralmente a fundamentação exposta nos julgados. Desse modo, deve-se admitir a existência de uma obra protegida produzida pelo escritor, o que transfere o problema para a questão da contratação de um escritor-fantasma.

Pois bem, ao *ghost writer* faz-se mister o reconhecimento dos direitos de paternidade e de reivindicação da autoria da obra, o que assegura a proteção ao verdadeiro criador intelectual. Nessa senda, quando o verdadeiro autor se obriga a não reivindicar a paternidade de determinada obra, autorizando sua publicação anônima ou em nome de outra pessoa, não há que se falar em renúncia ao direito de paternidade, mas sim em não exercício desse direito.

A contratação é válida, entretanto, o não exercício do direito de paternidade ficará sempre vinculado a um prazo expressamente previsto no contrato, não superior a cinco anos. Findo o prazo estabelecido, ou decorrido o prazo de cinco anos, ficará livre o verdadeiro autor para reivindicar a paternidade da obra, não havendo que se falar em pagamento de perdas e danos.

Por outro lado, se o autor descumprir o acordado, reivindicando a paternidade antes do término do prazo, mesmo assim deverá ser reconhecido o seu direito de figurar como autor da obra, já que se está diante de direito da personalidade irrenunciável (art. 11 do Código Civil). Todavia, o desrespeito à contratação poderá levar ao pagamento de perdas e danos.

Nesse contexto, fica evidente que a convenção envolvendo o direito de paternidade é revogável *ad nutum*, podendo o

verdadeiro autor, a qualquer momento, pleitear seu direito da personalidade. Ademais, o reconhecimento da autoria terá eficácia *ex nunc*, sendo admissível a sua retificação apenas nos suportes produzidos após a decisão judicial, solução que se apresenta como a mais razoável para todos os envolvidos na contratação.

Outrossim, o deferimento do pedido de reconhecimento da paternidade da obra não tem o condão de alterar a contratação engendrada no que toca ao direito de utilização da obra, de maneira que o autor terá seu nome ligado ao trabalho por ele criado, mas se cedeu os direitos de utilização da obra, eventual pretensão pecuniária será regida pelas disposições estabelecidas na contratação realizada.

Por conseguinte, não resta dúvida que as proposições apresentadas divergem, em grande medida, dos julgados proferidos pelo Poder Judiciário, pois se permite ao escritor-fantasma a possibilidade de reivindicar, a qualquer momento, a autoria da obra produzida, o que está em consonância com os direitos da personalidade do autor, que constituem o núcleo fundamental da proteção autoral.

E para além da tutela dos direitos da personalidade do autor, a solução aqui apresentada também é dotada de caráter pedagógico, visto que inibe a contratação de escritores-fantasmas, na medida em que sobre o contratante sempre pairará dúvida acerca da possibilidade de reivindicação a qualquer momento da autoria, o que pode colaborar para a redução da prática da contratação de *ghost writer*, bem como até promover a sua consequente extinção no longo prazo.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL, TJ/SP, 10ª Câmara de Direito Privado, *Apelação nº 0181194-46.2008.8.26.0100*, Relator Desembargador Coelho Mendes, j. 05/04/2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5075844>. Acesso em: 9 mar. 2019.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade*: reflexões à luz do Código Civil. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DIETZ, Adolf; PEUKERT, Alexander. § 15, § 16 A, B, E und F, § 17. In: LOEWENHEIM, Ulrich (Hrsg.). *Handbuch des Urheberrechts*. 2. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 236-255.

DIETZ, Adolf; PEUKERT, Alexander. Vor §§ 12 ff., §§ 12-14, 42. In: SCHRICKER, Gerhard; LOEWENHEIM, Ulrich (Hrsg.). *Urheberrecht*: Kommentar. 4. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 862-874

DIETZ, Claire. Rechte des Urheber: Urheberpersönlichkeitsrecht. In: WANDTKE, Artur-Axel (Hrsg.). *Urheberrecht*. Berlin: De Gruyter, 2009, p. 90-105.

GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010.

LETTL, Tobias. *Urheberrecht*. München: C.H.Beck, 2008.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993.

LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3. ed. Paris: Litec, 2006.

LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité*: étude de droit compare français et allemand. Aix-en-provence: PUAM, 2002.

MORAES, Walter. *Questões de direito de autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

LOSENBERG, Ralph. *Die Unverzichtbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts*. Freiburg: Hochschulverlag, 1985.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. VII.

REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2010.

SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

SCHMID, Matthias; WIRTH, Thomas; SEIFERT, Fedor. *Urheberrechtsgesetz mit Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*: Handkommentar. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2009.

STOLZ, Hansjörg. *Der Ghostwriter im deutschen Recht*. München: C.H. Beck, 1971.

STROWEL, Alain. *Droit d'auteur et copyright*: divergences et convergences. Paris: LGDJ, 1993.

VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean-Michel. *Droit d'auteur*. Paris: Dalloz, 2009.

WANDTKE, Artur-Axel. Urhebervertragsrecht. In: WANDTKE, Artur-Axel (Hrsg.). *Urheberrecht*. Berlin: De Gruyter, 2009, p. 133-185.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Ponderações acerca da prolixidade das petições e a garantia da celeridade da tramitação processual



Cléber Leandro Nardeli

Analista Judiciário – Área Judiciária do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Especialista em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires - Argentina.

RESUMO: O presente artigo é um convite à reflexão acerca da necessidade de aprimoramento da elaboração de atos processuais escritos como um dos meios garantidores da celeridade da tramitação processual.

PALAVRAS-CHAVE: Petição. Prolixidade. Celeridade. Processo. Responsabilidade. Reflexão.

ABSTRACT: This article is an invitation to reflect on the need to improve the elaboration of written procedural acts as one of the means to guarantee the speed of the procedural process.

KEYWORDS: Petition. Prolivity. Speed. Process. Responsibility. Reflection.

SUMÁRIO: 1 Introito. 2 Da prolixa problemática. 3 Da imputação da exclusiva responsabilidade. 4 Da reação legal. 5 Da reação jurisdicional. 6 Das formatações excêntricas ou esdrúxulas. 7 Conclusão. Referências.

1 Introito

Reza o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º. [...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo* e os *meios que garantam a celeridade de sua tramitação*. (destaques meus).

Como se nota, o princípio da razoável duração do processo foi elevado à condição de direito fundamental.

Esse evento não foi suficiente, contudo, para satisfazer os anseios dos agentes da trama processual.

Não é sem razão que o Judiciário tem traçado estratégias para acelerar o julgamento dos feitos. As metas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) corroboram essa assertiva, como se pode conferir no *site* da própria instituição:

As Metas Nacionais do Poder Judiciário representam o compromisso dos tribunais brasileiros com o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, buscando proporcionar à sociedade serviço mais célere, com maior eficiência e qualidade. As Metas Nacionais foram traçadas pela primeira vez em 2009, resultantes de acordo firmado entre os presidentes dos tribunais para o aperfeiçoamento da Justiça brasileira. O grande destaque foi a Meta 2, que teve por objetivo a identificação e o julgamento dos processos judiciais mais antigos, distribuídos aos magistrados até 31.12.2005.

Com a Meta 2, o Poder Judiciário buscou estabelecer a duração razoável do processo na Justiça. Foi o começo de uma luta que contagiou o Poder Judiciário do País a acabar com o estoque de processos causadores de altas taxas de congestionamento nos tribunais.

Tradicionalmente as Metas Nacionais

são votadas e aprovadas pelos presidentes dos tribunais no Encontro Nacional do Poder Judiciário – ENPJ, evento organizado pelo CNJ que ocorre anualmente e que reúne a alta administração dos tribunais brasileiros.

Diversos foram os desafios que as metas do Judiciário se propuseram a enfrentar. A celeridade processual foi, sem dúvida, tema predominante nesses últimos anos. Cabe destacar que os dados do Relatório “Justiça em Números” permitem a formulação de metas para o Judiciário, considerando a realidade dos segmentos de Justiça.

A partir de 2013, com a instituição da Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário (Portaria CNJ n. 138), houve maior inclusão de atores, representantes de tribunais, para participar da revisão da estratégia para o período 2015-2020 (que culminou na Resolução 198/2014) e de reuniões preparatórias de elaboração das Metas Nacionais.

Com o novo ciclo da Estratégia Nacional 2015-2020, o processo de formulação das Metas Nacionais passou a ser mais democrático e participativo e a cada ano o CNJ vem buscando aperfeiçoar esse processo, a fim de torná-lo mais transparente e possibilitando maior envolvimento das pessoas¹.

Aliás, no que atine à implementação de ferramentas voltadas à consecução da celeridade do trâmite processual, não se pode ultimar o fato de que a virtualização dos processos é realidade nos tribunais.

Sem dúvida, o processo judicial eletrônico (PJe) é um dos principais instrumentos para consumação dos ideais de celeridade.

Essa rapidez, contudo, deve estar coligada à eficiência, visando, dessa forma, a

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Sobre as metas*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/sobre-as-metas/>. Acesso em: 22 fev. 2020.

uma *decisão justa e efetiva do mérito*, em consonância com o insculpido no artigo 6º do Código de Processo Civil.



Fonte: www.cnj.jus.br - Crédito: Gil Ferreira

No entanto, o processo eletrônico não é uma panaceia em se tratando de curas de moléstias que retardam o trâmite processual. É uma afirmação óbvia, mas não menos importante. Exigem-se reflexões a esse respeito.

Partindo-se de uma situação hipotética em que todo o Judiciário, devidamente informatizado, mantivesse seus sistemas processuais eletrônicos em perfeito funcionamento, próximo do ideal e, portanto, isentos de problemas técnicos, ainda assim não se poderia negar um sem-número de fatores que contribuem para a demora processual patológica dos feitos.

Uma estrita parte desses patógenos constituem o objeto de ponderação deste trabalho.

Quer-se, aqui, destacar fatores adstritos à pragmática dos operadores do Direito, em especial, os afetos às manifestações escritas.

Curial salientar, contudo, que o trâmite processual é marcado por uma demora natural ou fisiológica. Essa é benéfica, porquanto garantidora do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, inspirada à luz do insculpido no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal e, portanto, necessária. Não pertence, assim, à temática ora discorrida.

2 Da prolixa problemática

Sabe-se que a maior parte dos atos processuais são escritos. Comumente, eles são formalizados por meio das petições. Se praticados à luz da oralidade, é comum a redução deles a termo.

Esses atos serão objeto de profunda análise pelo juiz quando da prolação das decisões. Antes de chegarem a ele, no entanto, poderão ser objeto de apreciação de procuradores, partes, do *Parquet*, de auxiliares da justiça e de outros interessados no feito.

Nenhuma novidade até aqui.

Infelizmente, também não é novo o fato de que um número expressivo de petitórios protocolados nos juízos estejam eivados de prolixidade.

Ora, se a escrita é enigmática e labiríntica, cada um dos agentes acima apontados exercerá um árduo trabalho para compreendê-la e o processo sofrerá atrasos.

Sem dúvida, a ciência jurídica deve opor-se a tal prolixidade com a mesma obstinação com que tais anomalias jurídicas são protocolizadas.

Não é exagero afirmar, portanto, que juízes, procuradores e auxiliares da justiça deparam-se, diariamente, com textos impenetráveis, de difícil compreensão.

Em alguns juízos não é incomum o atravessamento de petições ou a prolação de despachos visando ao só esclarecimento do que se pede.

Contudo, esse problema não é decorrência da falta de oferta de cursos gratuitos sobre a temática na *internet*. Ao revés, há muito material de qualidade para quem deseja dominar técnicas de redação disponibilizado em *sites* do próprio governo, como se pode conferir, por exemplo, nas páginas do Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo (TJ/SP)², do Supremo Tribunal Federal (STJ)³, do Senado⁴, entre outros.

Mas é possível solucionar o distúrbio da prolixidade?

Não é tão simples.

A dengue, por exemplo, moléstia de natureza distinta da jurídica, mata pessoas todos os anos e ainda é um problema de saúde pública.

Soluções para problemas desse jaez exigem o comprometimento de cada um dos muitos atores do drama.

Nós, agentes do Direito, devemos repensar nossas verdades consolidadas. A beleza do pensamento jurídico, aliás, reside na consciência de que o aprimoramento profissional é contínuo. Tudo evolui. O Direito evolui. A tecnologia evolui. A língua evolui. O ser humano está em constante evolução. Impende repisar nesse clichê.

É uma filosofia óbvia, ainda assim, digna de ruminação.

Aliás, com humor e estilo picante, o sagaz escritor Sérgio Porto (Stanislaw Ponte Preta) corrobora, de certa forma, esse pensamento quando questionado acerca de suas habilidades culinárias: “Faz ovo estrelado como Pelé faz gol. [...] é um bom cozinheiro no setor mais difícil da culinária: *o trivial*”⁵. (destaques meus)

Nesse passo, é digna de menção a teoria ministrada pelo Desembargador Alexandre Moreira Germano, nestes termos:

Escrever bem, antes de ser uma arte, é uma técnica, que exige conhecimentos de gramática e estilo, mas se desenvolve e aperfeiçoa com a prática da redação.

Para isso, são necessários recursos técnicos (escrever o que, para quem?), adquiridos com o *constante exercício da reflexão, da leitura e do trabalho silencioso de escrever, sem medo de errar e sem preguiça de corrigir os erros e melhorar o texto*⁶. (destaques meus)

A fidelidade a uma liturgia, aliás, como a proposta pelo desembargador, pode surtir bons resultados no tempo.

Rituais similares orientaram, por exemplo, a poesia hebraica, rica em paralelismos, também denominados rimas de sentidos lógicos.

Por meio deles, o pensamento de um verso era reforçado nas linhas seguintes, resultando em excelente estratégia de memorização da Lei do Senhor.

Assim se dava porque os paralelismos, nesse caso específico, serviam para salientar a importância da prática, da repetição, do *constante exercício da reflexão* a que alude o professor Alexandre Moreira Germano.

De acordo com a explicação contida na Bíblia de Estudo de Genebra:

Os versos paralelos são constituídos de pelo menos dois versetos que formam um verso. O segundo verseto expande, enfatiza ou contrasta com uma ou mais dimensões do primeiro verseto. A ideia básica é “A”, e além disso, “B” (ou, “A, mas, por outro lado, B”)⁷.

2 Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Museu/Museu/Redacao>. Acesso em: 27 abr. 2020.

3 Disponível em: <http://escola.stj.jus.br/ead/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

4 Disponível em: <https://saberes.senado.leg.br/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

5 NOGUEIRA JR, Arnaldo. *Releituras - Stanislaw Ponte Preta (Sérgio Porto)*. Disponível em: http://www.releituras.com/spontepreta_bio.asp. Acesso em: 21 fev. 2020.

6 GERMANO, Alexandre Moreira. *Técnica de redação forense*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/pdf/TecnicaRedacaoForense.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

7 SOCIEDADE Bíblica do Brasil. *Bíblia de estudo de Genebra*. 2. ed. São Paulo, 2009, p. 645.

De fato, pode-se identificar, nos paralelismos, uma prolixidade poética em virtude da reiteração das ideias, peculiaridade dos hebraísmos, marcados por recursos hiperbólicos e outras figuras de linguagem peculiares.

No entanto, eles eram saudáveis enquanto técnica de assimilação da Lei Sagrada, e não se confundem, de modo algum, com a prolixidade processual de cunho procrastinatório e inútil, que ora se pretende combater.

Ao revés, a lição que se pode transferir dessa poética para o mundo jurídico é a de que o poder de síntese, por sua preciosidade, também exige reflexão contínua, ou melhor, demanda paralelismos mentais.

À guisa de exemplificação dessa literatura hebraica sapiencial, transcreve-se, abaixo, o salmo primeiro:

Bem-aventurado o homem que não anda segundo o conselho dos ímpios,
nem se detém no caminho dos pecadores,
nem se assenta na roda dos escarnece-
dores.

Antes tem o seu prazer na lei do Senhor,
e na sua lei medita de dia e de noite.

Pois será como a árvore plantada junto a ribeiros de águas,
a qual dá o seu fruto no seu tempo;
as suas folhas não cairão,
e tudo quanto fizer prosperará.

Não são assim os ímpios;
mas são como a moinha que o vento espalha.
Por isso os ímpios não subsistirão no juízo,
nem os pecadores na congregação dos justos.

Porque o Senhor conhece o caminho dos justos;

porém o caminho dos ímpios perecerá⁸.
(destaques meus)

Nesse rumo, vem à baila o ensino de Eduardo Sabbag a quem “o pensamento organiza-se, articula-se e ganha nitidez à medida que o indivíduo exercita a linguagem”⁹. De acordo com ele, “quanto mais nos esforçamos para exprimir nossas ideias de modo claro, mais alcançamos essa virtude rara na comunicação”¹⁰.

Todavia, o professor adverte que esse exercício deve ser realizado com “[...] parcimônia, a fim de que a preocupação exacerbada com o purismo ou com aquilo que não deve ser dito não sacrifique a espontaneidade, podendo a ideia a ser transmitida”¹¹.

Finalmente, não se poderia olvidar das palavras de quem dividiu a história da humanidade e impregnou o Direito de gerações com seus valiosos valores. Disse Jesus: “[...] não useis de *vãs repetições*, como os gentios; *porque pensam que pelo seu muito falar serão ouvidos*”(Mateus 6.7 – destaques meus)¹².

3 Da imputação da exclusiva responsabilidade

Como se percebe, não é razoável atribuir, ao Judiciário, a culpa exclusiva pela lentidão processual.

Cada um dos agentes do processo pode ter uma cota-parte de responsabilidade nessa demora.

Poder-se-ia cogitar, ainda, num certo teor de culpa dos eleitores quando reincidem em erro ao reelegerem os mesmos legisla-

⁸ *Ibidem*, p. 690.

⁹ SABBAG, Eduardo. *Manual de português jurídico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

¹⁰ *Ibidem*, p. 34.

¹¹ *Ibidem*, p. 36.

¹² SOCIEDADE Bíblica do Brasil. *Bíblia de estudo de Genebra*. 2. ed. São Paulo, 2009, p. 1238.

dores. Teriam investigado com afinco se não foram estes os responsáveis pela falta de manutenção da máquina pública judicial nos mandatos anteriores? Teriam perquirido com seriedade se não foram estes quem covardemente atribuíram culpa exclusiva aos servidores pelas mazelas públicas, quem sabe até os acusando de “parasitas”?

A responsabilidade pelo retardo do trâmite processual, como se observa, é tema complexo cujos pormenores escapam do objetivo principal deste artigo.

4 Da reação legal

O artigo 192 do Código de Processo Civil estabelece que “em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa”. Por sua vez, o artigo 13 da Constituição Federal reza que “A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil”.



Fonte: www.brainly.com.br

Segundo lição de Eduardo Sabbag, “com efeito, é patente a imprescindibilidade do uso do idioma nacional nos atos processuais, além de corresponder a uma exigência que decorre de razões vinculadas à própria soberania nacional [...]”¹³.

Nessa perspectiva, a legislação processual leva a sério o bom emprego da língua pátria.

Aliás, ela impõe esse dever aos operadores do Direito ao prescrever, por exemplo, o indeferimento da petição inicial inepta (art. 330, I, do CPC).

Percebe-se, assim, que a inépcia nada mais é do que a inobservância de alguns dos aspectos da própria língua portuguesa escrita, nos termos apregoados pelo § 1º do artigo 330 do Código de Processo Civil:

Art. 330. [...]

§ 1º. Considera-se inepta a petição inicial quando:

- I – lhe faltar pedido ou causa de pedir;
- II – o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;
- III – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
- IV – contiver pedidos incompatíveis entre si.

É como se a lei dissesse: “profissional, escreva de forma simples, clara e objetiva ou terá seu pedido indeferido”. Ou, segundo o linguajar popular: “seja curto e grosso”.

Nesse passo, o estudo da língua portuguesa e das técnicas de redação é um exercício contínuo. Somente por meio dessa postura diminuirá, por exemplo, a necessidade de oposição de embargos de declaração, prevista no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, nestes termos:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

- I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
- II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
- III – corrigir erro material.

O sábio legislador, ao prever esses instrumentos processuais, levou em consideração o fato de o homem ser ontologicamente errante.

¹³ SABBAG, Eduardo. *Manual de português jurídico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 29.

Nessa senda, o Código de Processo Civil previu, em seu artigo 321, a possibilidade de o autor emendar a inicial no prazo de 15 dias.

Todavia, o emprego desses institutos contribui para a morosidade do andamento processual.

Por isso é que se insiste na necessidade de estudo e reflexão contínuos.

5 Da reação jurisdicional

O operador do Direito deve atentar à quantidade e à qualidade de informações que inserirá em seus petítórios.

Dados se desejam, mas apenas os necessários.

Se faltarem informações, talvez o feito seja extinto sem apreciação do mérito. Abre-se a porta para interposição de recursos ou para a redistribuição da mesma ação. Nos dois casos, o retrabalho do Judiciário é certo. Gastos e atrasos serão suportados pela sociedade. São os corolários de uma manifestação incompleta ou não saneada. E, ainda que saneada fosse, o feito retomaria seu trânsito, não sem ser afetado pelo atraso do saneador.

O excesso de informações é outro complicador.

É comum, quando se estuda Direito do Consumidor, o ensino de que a informação em excesso conduz à desinformação.

Além disso, o excesso de informação pode ser prejudicial à saúde, como chama a atenção Agnès Pedrero em matéria publicada pela Revista Exame, nestes termos:

Berna – Temas como a guerra na Líbia, a crise da dívida grega ou o caso Dominique Strauss-Kahn são exemplos de que o *excesso de notícias pode causar saturação*, como demonstra uma exposição insólita no Museu da Comunicação de Berna, que propõe um tratamento para o mal.

Na entrada da mostra, aberta até 12 de julho de 2012, o visitante encontra uma sala na penumbra com 12.000 livros amontoados em estantes, simbolizando a quantidade de dados que cada habitante da Terra recebe diariamente. “Em princípio, a comunicação é algo importante, algo prazeroso, mas *atualmente há um excesso de informação*”, explicou à AFP a diretora do Museu da Comunicação, Jacqueline Strauss.

“É como a alimentação. Podemos comer demais, comer sempre o mesmo (...), isto faz mal, mas se temos uma alimentação equilibrada, é algo prazeroso”, argumentou.

Segundo especialistas da Universidade de Berna que participaram da exposição, um ser humano consegue ler no máximo 350 páginas por dia caso se dedique exclusivamente a isso durante todo o dia.

Mas o volume de informação que atualmente cada pessoa recebe, por internet, e-mail, telefone, imprensa, rádio e televisão representa 7.355 gigas, o equivalente a bilhões de livros.

Diante deste fluxo de informação, “algumas pessoas adoecem” e podem chegar a padecer de um mal que a psicologia conhece como síndrome de “burnout”, afirmou Strauss.

Por este motivo, na exposição foi criada uma “clínica” para evitar esta situação e, sobretudo, que o visitante se conscientize do problema¹⁴. (destaques meus)

Em vista disso, o Judiciário tem se insurgido contra essas práticas.

A propósito, com toda razão, o juiz William Pauley III, do Tribunal Federal em Manhattan, Nova York, determinou que advogados refizessem suas petições porque eram

14 PEDRERO, Agnès. Exposição mostra que informação demais pode provocar doenças. *Revista Exame*, 04 nov. 2011. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/estilo-de-vida/exposicao-mostra-que-informacao-demaiss-pode-provocar-doencas-3/>. Acesso em: 24 fev. 2020.

longas e prolixas, em desacordo com a regra geral do processo civil americano que exige alegações curtas e simples.

A matéria transcrita, redigida por João Ozorio de Melo, descreve com propriedade a ocorrência:

O juiz escreveu que as *petições volumosas* são autodestrutivas e que elas sufocam a pauta dos tribunais e obscurecem as alegações e defesas meritórias do processo. “Elas também podem destacar fraquezas fatais no caso da parte”. Muitas vezes *relatam fatos que não têm ligação com qualquer pedido* ao tribunal.

“Os advogados deviam pensar duas vezes sobre a sobrecarga de trabalho que impõem aos juízes a examinar um excesso de alegações, sem falar na prolixidade labiríntica de alegações vituperativas, sem relação relevante com o caso, que desafiam a compreensão”. Esses advogados prolixos “deveriam também pensar em seus clientes que, presumivelmente, buscam a Justiça na esperança de obter uma decisão justa e rápida, a um custo menor”. Nada disso pode acontecer, quando as petições muito volumosas, disse¹⁵. (destaques meus)

Os juízes brasileiros também estão reagindo em face da prolixidade que os assola. Alguns casos antológicos foram sintetizados por Cássio Casagrande na seguinte matéria:

[...] Aqui no Brasil, algumas tentativas tímidas têm sido tentadas, em razão da implantação do processo eletrônico. O Tribunal de Justiça de São Paulo estabeleceu oficialmente um limite de 300 páginas, o que é a mesma coisa que nada.

Nesta mesma corte, durante sua permanência na corregedoria (2014-2015), o Desembargador José Renato Nalini lançou uma campanha para convencer as partes e os juízes a limitarem as petições e decisões a dez páginas, mas parece que a ideia não decolou. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina considerou válida decisão de juiz de primeiro grau que mandou reduzir de quarenta para dez páginas a petição em um processo trivial. O TRT de Minas Gerais fixou um limite – razoável – de quarenta páginas para recursos, mas a medida foi derrubada pelo TST. O mesmo ocorreu há dois anos em Brasília, conforme noticiado pelo JOTA: uma juíza da 5ª Vara do Trabalho determinou que o advogado do Banco do Brasil reduzisse uma petição de 113 para no máximo 30 laudas, mas a decisão acabou sendo revertida pelo TRT da 10ª Região¹⁶. (destaques meus)

Na jurisprudência pátria também se encontra advertências acerca dos males da prolixidade, como se pode conferir nos seguintes traslados:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. NULIDADE DA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA E SENTENÇA *EXTRA PETITA*. RESARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO. PERDA DO CARGO PÚBLICO. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS.

1. Não há cerceamento de defesa se o Juízo não acata os argumentos do réu na contestação.
2. *Prolixidade não deve ser confundida com fundamentação: ao Juiz cabe analisar a ação na sua inteireza e a*

15 MELO, João Ozorio de. Juiz dos EUA manda advogados refazerem suas petições longas e prolixas. *Consultor Jurídico*, 27 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/juiz-eua-manda-advogados-refazerem-peticoes-longas-prolixas>. Acesso em: 20 fev. 2020.

16 CASAGRANDE, Cássio. Advogados, escrevam menos e ganhem mais dinheiro. Notas sobre o tamanho e o estilo das petições no Brasil e nos EUA. *Jota*, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://jotainfo.jusbrasil.com.br/artigos/700251597/advogados-escrevam-menos-e-ganhem-mais-dinheiro>. Acesso em: 20 fev. 2020.

natureza sucinta da decisão retira das partes envolvidas o tedioso trabalho de garimpar no texto aquilo que é indispensável para o resultado do pleito.

3. Mantida a bem lançada sentença que, diante das provas trazidas aos autos, impôs ao réu sanções previstas na Lei 8.429/92, com condenação ao ressarcimento ao Erário Público, perda do cargo público e suspensão dos direitos políticos.

(TRF 4ª Região, Quarta Turma, Apelação Cível 2003.71.04.001296-1/RS, Relator Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, j. 20/01/2010, D.E. 08/02/2010, destaques meus)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ERRO MATERIAL.

O acórdão embargado foi provido.

O objeto dos embargos e o exame de outros argumentos usados do recurso especial.

Não há no acórdão obscuridade, dúvida, contradição ou omissão.

O tribunal não responde a questionário formulado pelos recorrentes e em homenagem ao espírito de síntese e objetividade foge-se da prolixidade que não é sinônimo de fundamentação.

Embargos rejeitados.

(STJ, Primeira Turma, Embargos de Declaração no Recurso Especial 16.669/DF, Ministro Garcia Vieira, j. 11/05/1992, DJ 22/06/1992, destaques meus)

Curioso notar que o último acórdão data do início da década de 90 do século passado. Assim, a problemática não é nova, conquanto persistente.

Como se vê, petições podem ter a clareza afetada por causa do exagero de narrativas fáticas, de fundamentações ou das jurisprudências que as engordam – conseqüência tecnológica do “copiar-e-cola”.

Um Judiciário com milhares de processos, dirigido por um restrito número de juízes e servidores, só conseguirá extrair dos petitórios os dados fundamentais e relevar as

jurisprudências recentes e majoritárias, dado que se vive a era dos precedentes.

No mesmo sentido, Eduardo Sabbag leciona que “nos dias atuais, com ofícios ou varas superlotadas de processos, uma constante no ambiente forense, a prolixidade no redigir é danoso escudo contra o esvaziamento dos cartórios”¹⁷. Ademais, em menção à obra de Nascimento (1992:238), o professor aponta que “a repetição, quer das ideias, quer de formas, gera a monotonia. Esta leva nosso leitor forçado, o juiz, a desinteressar-se da leitura”¹⁸.

Conquanto o autor tenha destacado o cargo de juiz como sendo o de um “leitor forçado”, o que não se nega, é conveniente, contudo, fazer justiça, também, a um grande número de servidores públicos do judiciário, muitos aprovados em cargos de nível superior em Direito e que, por competência legal, devem atuar como assessores de juízes, em atividade de nível superior prevista em edital, à luz do princípio da estrita legalidade.

Esses servidores, de igual forma, são vítimas da prolixidade, figurando, também, como “leitores forçados”, dado que são eles os responsáveis pela criação de minutas que, depois de passadas pelo crivo dos magistrados, tornar-se-ão em despachos, decisões ou sentenças.

E não se pode esquecer, ainda, de que, no ambiente judiciário, atuam profissionais de áreas científicas distintas, como se dá com os peritos. As próprias partes, em geral, são leigas em Direito. Por isso, manifestações claras contribuem para a democratização do acesso à informação processual. Escritos claros, diretos e objetivos, serão rapidamente atendidos porque facilmente compreendidos.

Nesse diapasão, concluída a redação da peça processual é o momento de enxugá-la,

¹⁷ SABBAG, Eduardo. *Manual de português jurídico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36.

¹⁸ *Ibidem*.

ou seja, de eliminar os excessos nela contidos.

Além disso, nesse processo de busca pela clareza, inclui-se a escolha criteriosa das palavras componentes do texto.

Certa vez, um operador do Direito, curiosamente, requereu a intimação de um *aguazil*. Na época, não havia acesso à *internet* na maioria dos fóruns e uma consulta ao *Google* estava descartada. E, ainda que possível fosse, não haveria garantia de que os conceitos apontados pelos dicionários virtuais eliminariam as dúvidas semânticas do tal *aguazil* (confira!). Enfim, o uso do vocábulo provocou celeuma entre os servidores e atraso dos trabalhos. Nada disso teria acontecido se o profissional tivesse agido com simplicidade optando pelo uso do vocábulo conhecido: oficial de justiça.

Impende recitar, assim, o poeta francês Paul Valéry (1871-1945), segundo o qual “entre duas palavras, escolha sempre a mais simples; entre duas palavras simples, a mais curta”¹⁹.

Infelizmente, o próprio legislador não tem sido um exemplo de clareza e simplicidade ao promulgar leis guarneçadas por uma espécie de ocultismo gnóstico. Contra isso se insurgia, há muito, Cesare Beccaria, conforme se pode conferir abaixo:

Se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade, pois precisam ser interpretadas. Esse inconveniente é bem maior ainda quando as leis não são escritas em língua vulgar. Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão, que não puder julgar por si mesmo as consequências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens, ficará na dependência de um pe-

queno número de homens depositários e intérpretes das leis.

Colocai o texto sagrado das leis nas mãos do povo, e, quanto mais homens houver que o lerem, tanto menos delitos haverá; pois não se pode duvidar que no espírito daquele que medita um crime, o conhecimento e a certeza das penas ponham freio à eloquência das paixões²⁰.

Como se observa, o dom de externar as complexidades do mundo jurídico de forma simples é privilégio dos sábios.

Como lembra Eduardo Sabbag: “[...] falar muito, com prolixidade, é fácil: o difícil é falar tudo, com concisão”²¹.

Essa é a proposta, como bem diria Fernando Pessoa: “a concisão é a luxúria do pensamento”²².



Fonte: www.trf3.jus.br

6 Das formações excêntricas ou esdrúxulas

Finalmente, é necessário fazer breves apontamentos acerca da estética das petições.

¹⁹ Disponível em: http://blogs.correiobraziliense.com.br/dad/paul_valery_aconselha/. Acesso em: 27 abr. 2020.

²⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 35.

²¹ SABBAG, Eduardo. *Manual de português jurídico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36.

²² Disponível em: <http://www.algumapoesia.com.br/poesia4/poesianet433.htm> (item 84). Acesso em: 27 abr. 2020.

A depender do estilo, a formatação do texto prejudica a leitura, ofusca a clareza, leva à incompreensão. Como consectário, retarda o Judiciário.

Formatações excêntricas ou esdrúxulas são uma grande barreira.

Cuida-se de peças processuais redigidas com letras garrafais, negritos, itálicos, diversidades de fontes, enfim, um “samba do crioulo doido” no carnaval de Sérgio Porto.

Imagine tudo isso junto e misturado numa mesma peça processual. Imagine um advogado cujas petições seguem esse sórdido padrão. Imagine esse mesmo advogado juntando esse mesmo padrão nas dezenas, às vezes, centenas de feitos em que atua numa única vara.

Imagine, agora, a imensidão do atraso que isso acarreta.

E não se pode olvidar de que o atraso de um processo reflete nos demais da mesma vara judicial.

Um fórum inteiro de prejuízo!

Tempo precioso é perdido com tentativas de identificação de causas de pedir e pedidos dessas peças-labirinto.

Seria de bom alvitre uma mudança de perspectiva dos atores jurídicos e da sociedade no sentido de compreendermos que o Judiciário estende-se além das paredes dos fóruns, das varas ou subscrições judiciais.

A admissão da responsabilidade pelo retardo do trâmite processual reside na primeira pessoa do plural e traduz amadurecimento, ordem e progresso.

7 Conclusão

Pedidos prolixos ou com formatações esdrúxulas retardam o andamento processual.

Os operadores do Direito devem atentar à clareza de suas pretensões.

Para tanto, devem exercitar a humildade, o estudo e a reflexão contínua das técnicas de redação.

Ademais, a assunção da responsabilidade pela lentidão da marcha processual por cada um dos atores do teatro da Justiça é o caminho das pedras.

Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jurisprudência unificada*. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Sobre as metas*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metassobre-as-metas/>. Acesso em: 22 fev. 2020.

CASAGRANDE, Cássio. Advogados, escrevam menos e ganhem mais dinheiro. Notas sobre o tamanho e o estilo das petições no Brasil e nos EUA. *Jota*, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://jotainfo.jusbrasil.com.br/artigos/700251597/advogados-escrevam-menos-e-ganhem-mais-dinheiro>. Acesso em: 20 fev. 2020.

COPIA e cola. Em nome da objetividade, TJ-SC rejeita petição considerada longa demais. *Consultor Jurídico*, 26 jun. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-26/nome-objetividade-tj-sc-rejeita-peticao-longa>. Acesso em: 20 fev. 2020.

GERMANO, Alexandre Moreira. *Técnica de redação forense*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/pdf/TecnicaRedacaoForense.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MELO, João Ozorio de. Juiz dos EUA manda advogados refazerem suas petições longas e prolixas. *Consultor Jurídico*, 27 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/juiz-eua-manda-advogados-refazerem-peticoes-longas-prolixas>. Acesso em: 20 fev. 2020.

NARDELI, Cléber Leandro. A redação na legislação. *Âmbito Jurídico*, 01 nov. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-94/a-redacao-na-legislacao/>. Acesso em: 25 fev. 2020.

NOGUEIRA JR, Arnaldo. *Releituras - Stanislaw Ponte Preta (Sérgio Porto)*. Disponível em: http://www.releituras.com/spontepreta_bio.asp. Acesso em: 21 fev. 2020.

PEDRERO, Agnès. Exposição mostra que informação demais pode provocar doenças. *Revista Exame*, 04 nov. 2011. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/estilo-de-vida/exposicao-mostra-que-informacao-demais-pode-provocar-doencas-3/>. Acesso em: 24 fev. 2020.

SABBAG, Eduardo. *Manual de português jurídico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOCIEDADE Bíblica do Brasil. *Bíblia de estudo de Genebra*. 2. ed. São Paulo, 2009.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL

0024110-62.2009.4.03.6100

Apelantes: IPANEMA TÊXTIL COMERCIAL LTDA - ME, EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA

Apeladas: AS MESMAS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INFRAERO. ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO E LICENÇA DE OBRAS DO AEROPORTO EM SITUAÇÃO IRREGULAR PERANTE O MUNICÍPIO. DANO MATERIAL E MORAL. INDENIZAÇÃO. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA. APELAÇÃO DA RÉ DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter alvará de funcionamento para a regularização do estabelecimento autor no Aeroporto de Congonhas, em São Paulo; subsidiariamente, pugna pela condenação da ré em perdas e danos, além de danos morais.
2. A competência privativa para legislar sobre o direito aeronáutico (art. 22, I, da CF/88) e a competência material exclusiva para exercer a atividade aeroportuária (21, XII, “c”, da CF/88), ambas da União, não se confundem com a competência do município para, dentro do interesse local, fiscalizar o cumprimento das regras contidas no plano diretor municipal, no exercício do poder de polícia (art. 30, I e VIII, da CF/88). Precedentes.
3. A fiscalização inclui a necessidade de licenciamento das obras em imóveis particulares ou públicos, que estejam dentro do perímetro urbano, inclusive as executadas nos aeroportos ali localizados.
4. A situação irregular da INFRAERO perante o Município de São Paulo, em razão da ausência de alvará de funcionamento e de licença de obras no Aeroporto de Congonhas, impede que a Administração municipal expeça licença de funcionamento ao estabelecimento autor, causando-lhe, com isso, prejuízos de ordem material.
5. A INFRAERO, deste modo, deve arcar com as perdas e danos suportados pela autora, visto ter promovido certame licitatório para exploração de atividade no Aeroporto de Congonhas, bem como assinado o Termo de Contrato de Concessão de Uso de Área nº 02.2008.024.0039, sem se atentar para a norma urbanística municipal.
6. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que a inscrição irregular em cadastro de inadimplentes, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica, configura dano *in re ipsa*, ou seja, prescinde de prova. Precedentes.
7. A autora faz jus ao recebimento de indenização por danos morais, que, considerando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deve ser estabelecida em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescida de juros de mora, a partir da citação, e correção monetária, desde a data do arbitramento, de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.
8. A parte ré arcará com o pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC/1973, diploma legal em vigor à época da prolação da sentença.

9. Apelação da autora provida.
10. Apelação da ré desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação da parte ré e DEU PROVIMENTO à apelação da autora para condenar a INFRAERO ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mantidos os demais termos da sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por Ipanema Têxtil Comercial Ltda. em face da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, com a finalidade de obter alvará de funcionamento para a regularização de seu futuro estabelecimento no Aeroporto de Congonhas, em São Paulo; subsidiariamente, requer a condenação da ré em perdas e danos, além de danos morais.

A antecipação da tutela foi deferida para suspender o contrato de concessão nº 02.2008.024.0039, bem como os efeitos da inscrição do nome da autora no SERASA e no CADIN, determinando à ré que se abstenha de praticar qualquer ato tendente à rescisão contratual ou retomada da área, até decisão final (f. ID 91883411 - Pág. 35-39).

Dessa decisão a parte ré interpôs agravo de instrumento, cujo seguimento foi negado (ID 91883411 - Pág. 75-76).

Ao final, o MM. Juiz a quo julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a INFRAERO ao pagamento de perdas e danos em favor da autora, abrangendo o que ela efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar, a ser apurado em liquidação de sentença, em razão da ruptura do contrato de concessão em comento, acrescido de juros de mora a partir da citação. Na ocasião, reconheceu-se a sucumbência recíproca (ID 91883411 - Pág. 84-95).

A parte ré apelou, sustentando, em síntese, que:

a) “a área concedida à apelada, através do Termo Contratual de Concessão de Uso de Área nº 02.2008.024.0039, é parte integrante do sítio aeroportuário do Aeroporto de Congonhas/ São Paulo, imóvel de propriedade da União, cuja administração, operação e fiscalização foram atribuídos em regime de monopólio a esta empresa pública federal, criada por lei, exatamente para esta finalidade” (ID 91883411 - Pág. 112);

b) “o poder de polícia atribuído de maneira genérica na Constituição Federal à Municipalidade, no que tange aos aeródromos e à atividade de infraestrutura aeronáutica, sua fiscalização, regulamentação e homologação são de competência exclusiva da ANAC”, excluindo todas as demais, de modo que “não seria exigível da INFRAERO a obtenção do alvará de funcionamento ou licença de obras para exploração e/ou exploração comercial das áreas aeroportuárias emitidas pela Prefeitura Municipal de São Paulo” (ID 91883411 - Pág. 115), inexistindo, portanto, omissão ou culpa de sua parte capaz de ensejar responsabilidade por perdas e danos.

A parte autora interpôs recurso de apelação, alegando, em suma, que faz jus ao recebimento de dano moral em virtude da sua inscrição indevida em cadastro de inadimplentes.

A INFRAERO trouxe aos autos a informação de possível existência de fraude à licitação e falsificação de documentos por parte da empresa autora (ID 91881780 - Pág. 16-17).

O Ministério Público Federal se manifestou, afirmando que a decisão a respeito da validade ou invalidade dos atos processuais praticados pela autora fica condicionada à conclusão da investigação conduzida pela Polícia Federal (Inquérito Policial nº 0004/2013/DEAER/SR/DPF/SP) (ID 91881780 - Pág. 38-39).

Vieram os autos a este Tribunal.

A INFRAERO foi intimada para manifestar-se sobre o prosseguimento do feito, informando, ainda, o atual andamento do Inquérito Policial em questão (ID 91881780 - Pág. 44), todavia quedou-se inerte.

Conquanto devidamente intimadas, as partes não apresentaram contrarrazões (ID 120683430).

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter alvará de funcionamento para a regularização do estabelecimento autor no Aeroporto de Congonhas, em São Paulo; subsidiariamente, pugna pela condenação da ré em perdas e danos, além de danos morais.

Narra a exordial que, no ano de 2008, a autora participou de licitação pública, promovida pela ré, para exploração de atividade no Aeroporto de Congonhas, em São Paulo, tendo assinado com a INFRAERO o Termo de Contrato de Concessão de Uso de Área nº 02.2008.024.0039, em 22 de janeiro de 2009.

Segundo a autora, após a assinatura do contrato, iniciou os procedimentos administrativos perante a Municipalidade com a finalidade de legalizar a sua futura loja, no entanto, o agente municipal responsável constatou que a ré INFRAERO não possuía licença de obras no Aeroporto de Congonhas, muito menos alvará de funcionamento, razão pela qual a sua solicitação foi indeferida.

Aduz ter informado à ré acerca da impossibilidade de obtenção do Auto de Licença e Funcionamento, requerendo a suspensão contratual até a regularização da INFRAERO perante a Municipalidade, contudo a ré teria solicitado a imediata regularização do pagamento mensal, mesmo sem a perspectiva imediata de funcionamento, além de ameaçá-la com a rescisão contratual por justa causa, sendo que, em seguida, enviou o seu nome para o cadastro de inadimplentes (SERASA).

A parte ré, por sua vez, alega que o poder de polícia atribuído de maneira genérica na Constituição Federal à Municipalidade, no que tange aos aeródromos e à atividade de infraestrutura aeronáutica, sua fiscalização, regulamentação e homologação são de competência exclusiva da ANAC, excluindo todas as demais, de modo que não seria exigível da INFRAERO a obtenção do alvará de funcionamento ou licença de obras para exploração e/ou exploração comercial das áreas aeroportuárias emitidas pela Prefeitura Municipal

de São Paulo.

O juízo *a quo*, então, reconheceu ser legítima a exigência do Município de São Paulo acerca do alvará de funcionamento da INFRAERO, já que devidamente calcada em norma municipal editada para a fiscalização de obras, como corolário do exercício de poder de polícia.

Pois bem. Cumpre asseverar que a Constituição Federal, ao atribuir à União a competência privativa para legislar sobre direito aeronáutico (art. 22, I) e a competência material para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária (21, XII, “c”), não atribuiu de forma exclusiva à União a atividade de fiscalização dos aeroportos, bem como não afastou o exercício do poder de polícia do Município em tais dependências.

Com efeito, o artigo 30, I e VIII, da Carta Magna, prevê que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local e de promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Assim, não se confunde a competência privativa para legislar sobre o direito aeronáutico e a competência material exclusiva para exercer a atividade aeroportuária, ambas da União, com a competência do município para, dentro do interesse local, fiscalizar o cumprimento das regras contidas no plano diretor municipal.

É certo, ademais, que a fiscalização inclui a necessidade de licenciamento das obras em imóveis particulares ou públicos, que estejam dentro do perímetro urbano, inclusive as executadas nos aeroportos ali localizados.

Logo, diante da situação irregular da INFRAERO perante o Município de São Paulo, em razão da ausência de alvará de funcionamento e de licença de obras no Aeroporto de Congonhas, a Administração municipal agiu em estrita observância ao princípio da legalidade, segundo o qual, o administrador público, no desempenho da atividade funcional, só pode praticar as condutas autorizadas por lei. Deste modo, a licença de funcionamento do estabelecimento autor não pôde ser emitida, causando-lhe, com isso, diversos prejuízos.

Cabe destacar que o pedido principal da autora, qual seja, provimento jurisdicional que lhe conceda alvará de funcionamento para a regularização de seu estabelecimento no Aeroporto de Congonhas, fica prejudicado diante do transcurso de lapso temporal considerável da data dos fatos, pois o contrato foi firmado em 22.01.2009, pelo prazo inicial de 12 (doze) meses, prorrogável por mais 12 (doze), e se encerraria no ano de 2011.

Consta dos autos, inclusive, que a Superintendência de Segurança Aeroportuária publicou Instrução Normativa excluindo a previsão de concessão de uso de área do terminal de passageiros dos aeroportos para comercialização de joias e semijoias, por causa do risco de roubo, atividade também desenvolvida pela autora.

A INFRAERO, deste modo, deve arcar com as perdas e danos suportados pela autora, visto ter promovido certame licitatório para exploração de atividade no Aeroporto de Congonhas, bem como assinado o Termo de Contrato de Concessão de Uso de Área nº 02.2008.024.0039, sem se atentar para a norma urbanística municipal.

Deveras, como bem consignado pelo juízo *a quo*, “a autora ficou impossibilitada de dar cumprimento ao contrato por força da inércia da ré em obter a sua regularização junto ao Município de São Paulo, situação que enseja a responsabilização da demandada, a INFRAERO” (ID 91883411 - Pág. 92).

A respeito da questão, colhem-se os seguintes precedentes:

TAXA MUNICIPAL DE LICENÇA. ALVARA DE LOCALIZAÇÃO DE ESTABELECIMENTO PERTENCENTE A EMPRESA PÚBLICA FEDERAL, EXPEDIDO POR MUNICÍPIO. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DO MUNICÍPIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS (ECT). INSTALAÇÃO DE AGENCIAS POSTAIS. *PRETENSÃO DA ECT A NÃO RECOLHER A TAXA MUNICIPAL EXIGIDA PARA A EXPEDIÇÃO DE ALVARA DE LOCALIZAÇÃO DE AGENCIA POSTAL*. NÃO SE ENQUADRA A HIPÓTESE NOS LIMITES DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA DO ART. 19, III, LETRA “A”, DA CONSTITUIÇÃO, EM FACE DA SÚMULA N. 324 E DA NATUREZA DA ENTIDADE, QUE É EMPRESA PÚBLICA. NÃO AMPARA A PRETENSÃO DA ECT O DISPOSTO NO ART. 12, DO DECRETO-LEI N. 509/1969. CONSTITUIÇÃO, ARTS. 15, II, LETRA “A”, E 18, I. O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELO MUNICÍPIO, NO CASO, EMERGE DE SUA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL, COMPREENDIDA NO PECULIAR INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO LOCAL. *A EXPEDIÇÃO DE ALVARA, PARA A LOCALIZAÇÃO DE QUAISQUER ESTABELECIMENTOS, CORRESPONDE AO CONTROLE, LEGITIMAMENTE, EXERCIDO PELO MUNICÍPIO, SOBRE O ORDENAMENTO URBANO, AS ATIVIDADES E INTERESSES DA COMUNIDADE*. NÃO PROCEDE A ALEGAÇÃO DE QUE O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELO MUNICÍPIO PODERIA COMPROMETER O FUNCIONAMENTO DO SERVIÇO FEDERAL MONOPOLIZADO, QUE A ECT DESEMPENHA. SE OCORRER ABUSO OU DESVIO DE PODER DA AUTORIDADE MUNICIPAL, NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA, A ORDEM JURÍDICA DISPÕE DE REMÉDIO EFICAZ A REPARA-LO. SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

(RE 90470, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/1981, DJ 26-03-1982 PP-02563 EMENT VOL-01247-02 PP-00455 RTJ VOL-00101-01 PP-00229) (grifei)

ADMINISTRATIVO. LICENÇA ADMINISTRATIVA. ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. AEROPORTO. POSTURA MUNICIPAL. CONSENTIMENTO ADMINISTRATIVO VÁLIDO. RECURSO IMPROVIDO.

1. INFRAERO apresenta recurso de apelação contra sentença que lhe foi desfavorável em ação de conhecimento movida em face do Município de Vitória/ES, questionando referida empresa pública exigência dessa municipalidade no que toca à necessidade de obter alvará de localização e funcionamento, constando também da demanda, como consequência da tutela inibitória reclamada, a anulação de autos de infração contra si lavrados e, sucessivamente, a invalidade de autuação que redunde em multa por reincidência.

2. *A licença para funcionamento de estabelecimentos está contida no poder conferido aos entes municipais para fiscalizar e atestar o exercício de atividades, sujeitando-se a prática dessas atividades a normas de posturas, que, por sua vez, inserem-se na competência legislativa conferidas aos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CF/88).*

3. O questionado licenciamento administrativo, cujo invólucro que o instrumentaliza vem a ser o respectivo alvará, tem a ver com uma série de situações que afetam o entorno da fixação de determinado estabelecimento. *Assim, questões ambientais, de saúde pública, de trânsito, uso e ocupação do solo, apenas para exemplificar, não podem ser desconsideradas apenas porque quem as rejeita está a alegar que, intra muros, a infraestrutura aeroportuária sujeita-se a exclusiva competência, legislativa ou material, da União Federal (art. 21 e 22 da CF/88).*

4. *Nota-se que nenhuma das competências previstas nos mencionados dispositivos constitucionais elidem a legítima interferência do Poder Público municipal em relação às concessões de licenças administrativas para funcionamento de estabelecimentos, estejam estes afetos ou não ao domínio público. Do contrário, agências de empresas públicas como Correios ou*

Caixa Econômica Federal poderiam se estabelecer à revelia de qualquer exigência municipal. Precedentes.

5. Apelação improvida.

(APELRE 201150010139028, Rel. Des. Fed. Carmen Silvia Lima de Arruda, TRF2 - Sexta Turma Especializada, E-DJF2R - Data: 12/06/2013) (grifei)

É importante frisar que, conquanto a INFRAERO tenha trazido aos autos a informação de possível existência de fraude à licitação e falsificação de documentos por parte da empresa autora, quedou-se inerte quando intimada para apresentar o atual andamento do Inquérito Policial. Assim, a mera alegação de fraude, sem provas, não afasta a boa-fé contratual da contratada e, por essa razão, a petição não será conhecida.

Registre-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que a inscrição irregular em cadastro de inadimplentes, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica, configura dano *in re ipsa*, ou seja, prescinde de prova. Veja-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. PESSOA JURÍDICA. DANO MORAL IN RE IPSA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Cuidando-se de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastro de inadimplentes, conforme expressamente reconhecido pelo Tribunal a quo, o dano moral, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica, se configura *in re ipsa*, prescindindo, portanto, de prova. Precedentes desta Corte.

2. Agravo interno a que se nega provimento. ..EMEN:

(AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1328587 2018.01.77880-8, RAUL ARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:22/05/2019 ..DTPB:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. PESSOA JURÍDICA. DANO *IN RE IPSA*. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. É firme no STJ o entendimento de que, nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica (REsp 1.059.663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 17/12/2008). Precedentes.

3. Em virtude do não provimento do presente recurso, e da anterior advertência quanto a aplicação do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

4. Agravo interno não conhecido, com imposição de multa. ..EMEN:

(AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1345802 2018.02.06914-0, MOURA RIBEIRO, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:27/02/2019 ..DTPB:.) (grifei)

Verifica-se, *in casu*, que a parte autora foi incluída indevidamente tanto no SERASA quanto no CADIN, pela parte ré, o que foi objeto de deferimento da antecipação da tutela, com a determinação de exclusão do seu nome dos órgãos de proteção ao crédito.

Sendo assim, a autora faz jus ao recebimento de indenização por danos morais, que, considerando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deve ser estabelecida em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescida de juros de mora, a partir da citação, e correção monetária, desde a data do arbitramento, de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Os honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, serão devidos pela ré INFRAERO, nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC/1973, diploma legal em vigor à época da prolação da sentença.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação da parte ré e DOU PROVIMENTO à apelação da autora para condenar a INFRAERO ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mantidos os demais termos da sentença.

É o voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0001199-60.2012.4.03.6000

Apelante: WALESKA MENDOZA

Apelada: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/04/2020

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – AÇÃO ANULATÓRIA/CONDENATÓRIA – SERVIDOR PÚBLICO – LAICIDADE DO ESTADO X LIBERDADE RELIGIOSA – HERMENÊUTICA – HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – AMPLITUDE DO DIREITO DE EXPRESSÃO DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA – GARANTIA FUNDAMENTAL EXERCITÁVEL NOS ÂMBITOS PRIVADO E PÚBLICO – PUNIÇÃO DISCIPLINAR POR CITAÇÃO DE VERSÍCULO BÍBLICO EM COMUNICADOS INTERNOS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA QUE ADMITA TAL RESTRIÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DE CRENÇA – EXPRESSÃO QUE CONSTITUI DIREITO DA PERSONALIDADE E MANIFESTAÇÃO CULTURAL – RAZOABILIDADE DO EXERCÍCIO E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA TAMBÉM DE PREVISÃO NORMATIVA PARA AS PUNIÇÕES – ANULAÇÃO DAS PUNIÇÕES DISCIPLINARES – DANOS MORAIS CABÍVEIS, NA SITUAÇÃO DE ABUSIVA, GRAVE E DURADOURA RESTRIÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL – APELAÇÃO PROVIDA.

I – Deferimento à autora dos benefícios da assistência judiciária gratuita, não havendo elementos para se inferir, com segurança e razoabilidade, a declaração de pobreza firmada pela parte autora.

II – Ação objetivando reconhecimento da possibilidade da autora, servidora pública federal da UFMS - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, realizar citações de versículos bíblicos em correspondências internas da instituição, obstando punições disciplinares que lhe foram impostas e protegendo-a contra conduta de seus superiores qualificada como perseguição religiosa, bem como, postulando condenação da ré em indenização por danos morais. Reconvensão da UFMS postulando, a seu favor, indenização por danos morais à sua honra objetiva.

III – Caso em que a servidora foi proibida pelos superiores da UFMS para deixar de fazer citações de versículos bíblicos em suas correspondências internas da instituição, por considerada violação dos princípios da laicidade estatal, interesse público e impessoalidade da administração. Ante a resistência da servidora, fundada na sua garantia constitucional de liberdade de crença, foram instaurados 3 (três) processos administrativos disciplinares, com punições nos dois primeiros, estando o terceiro em tramitação quando do ajuizamento da ação.

IV – No nosso regime constitucional, nenhuma conduta (ação ou omissão) pública pode estar livre do exame de conformação com os valores fundamentais proclamados

na Lei Suprema da Nação. O Poder Judiciário detém competência constitucional para proceder ao controle de constitucionalidade dos atos administrativos em geral.

V – A controvérsia objeto dos autos é significativamente profunda e sensível, pois, traz a debate um conflito entre, de um lado, alguns dos valores fundamentais de que todas as pessoas em nosso país são titulares - as garantias constitucionais da liberdade de expressão e da liberdade de consciência e de crença (Constituição Federal/1988, artigo 5º, incisos IV e VI) -, e, de outro lado, os princípios do interesse público e impessoalidade que devem reger todos os atos da Administração Pública na atuação de seus agentes / órgãos e o princípio da laicidade do Estado brasileiro (art. 19, inciso I).

VI – A definição do modo pelo qual se deve proceder à aplicação dos valores expressos nas normas constitucionais em confronto impõe os recursos da hermenêutica constitucional, que tem por objeto a identificação dos enunciados normativos decorrentes nas normas (regras e princípios) constitucionais, num processo de concretização construtiva que passa pela análise das normas em sua interação com os fatos sobre os quais deve incidir, no contexto da realidade social em que se insere e sob o influxo dos valores e fins desta mesma sociedade.

VII – O princípio da laicidade do Estado e também os princípios constitucionais que regem a administração pública, devem ceder prevalência ante as garantias fundamentais da liberdade de crença e da liberdade de expressão, sendo estes são os valores constitucionais fundamentais que devem merecer a proteção jurisdicional na situação fática subjacente.

VIII – Examinando-se os valores em cogitação, é necessário registrar que a crença-fé-religião integra e forma a própria personalidade humana, sendo seu direito inalienável e irrenunciável, integrando o rol da Declaração Universal dos Direitos do Homem - DUDH, proclamada aos 10.12.1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, especificamente em seus artigos 18 e 19, personalidade cujo pleno exercício é garantido em todo e qualquer lugar (artigo 6º) e em condições isonômicas (artigo 7º). Sendo reconhecido no plano universal como um direito que integra a própria essência da pessoa humana, pode e deve ele ser exercido pela pessoa em qualquer lugar em que esteja, seja qual for a natureza dos ambientes em que esteja ou dos atos que pratique, porque constitui expressão da sua personalidade.

VIII-A – A liberdade de religião consignada como garantia fundamental no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, é exercida sob 3 (três) formas: (i) a liberdade de ter alguma crença, ou de passar a adotar outra fé, ou de deixar de ter qualquer religião, ou de descrever de tudo, ou de ser ateu ou agnóstico; (ii) a liberdade de culto; e (iii) a liberdade de associação religiosa; bem como, expressa-se sob 2 (duas) dimensões: (i) na vida privada; e (ii) na vida pública, correlacionando-se aqui com a liberdade de manifestação do pensamento (CF/88, art. 5º, inciso IV).

VIII-B – A liberdade da manifestação do pensamento é também consagrada pela Constituição Federal, no art. 5º, inciso IV. Informam esta garantia fundamental também o inciso IX do mesmo dispositivo (liberdade de expressão da atividade de comunicação, independentemente de censura ou licença) e o art. 220, *caput* e § 2º (liberdade de manifestação do pensamento livre de qualquer censura ou restrição).

IX – No sentido contraposto nos autos, registre-se que a laicidade estatal (CF/88, artigo 19, inciso I) impõe que o Estado não se imiscua com qualquer organização religiosa - não assuma qualquer feição confessional - e também se abstenha de favorecer ou desfavorecer qualquer tipo de crença em detrimento de outras, garantindo nas suas

ações uma neutralidade e isonomia de tratamento a todas, respeitando a multiplicidade de valores no seio da sociedade democrática.

IX-A – A laicidade estatal de modo algum expressa o significado que a UFMS pretende atribuir ao citado princípio, qual seja, no sentido de que o Estado estivesse proibido de, no exercício de suas atividades, fazer qualquer referência a crenças. Tal posicionamento contraria os próprios princípios e fins da instituição estatal.

IX-B – O Estado é instituído pelo povo de um país e destina-se a assegurar os valores fundamentais prevalecentes dessa mesma coletividade, dentre os quais também os valores de fé, de crença, de religião, tanto que este valor se insere dentre as garantias fundamentais dos cidadãos em nosso país (CF/88, art. 5º, inciso VI). Não está o Estado de modo algum alheio às questões de consciência e crença que emanam da pluralidade existente no meio social; antes, conhece-as e objetiva a proteção do exercício de quaisquer delas por aqueles que escolhem segui-las como balizas valorativas de suas vidas.

IX-C – Sendo o Estado integrado e exercido por servidores selecionados dentre as pessoas dessa mesma coletividade, não há qualquer preceito fundamental que impeça tais pessoas de, no regular exercício de suas funções públicas, exercerem de forma concomitante e harmônica também a sua garantia fundamental de crença, do que decorre que não podem ser excluídos, das manifestações no âmbito público (estatal), os valores de crença que majoritariamente informam a sociedade brasileira, apenas devendo ser delimitado tal agir pelo dever de respeito e tolerância com a garantia de crença de todos os grupos sociais, inclusive os minoritários.

X – Do exposto, não se pode conceber a ocorrência de uma tão grave violação constitucional que fosse decorrente de uma mera manifestação da crença individual de qualquer servidor público, mesmo que exercida no âmbito do espaço público de suas atividades, quando respeitados certos limites, limites estes que se possam extrair exclusivamente dos demais comandos constitucionais, por serem de mesma natureza e grau hierárquico na estrutura normativa da nossa ordem jurídico-constitucional.

X-A – Diante destas ponderações e dos precedentes do C. STF, do CNJ e desta Corte Regional Federal, que a própria ordem constitucional emanada diretamente da Lei Maior pode nos fornecer, de uma maneira geral, os seguintes limites para a manifestação individual de consciência e de crença no âmbito do espaço público, conjuntamente considerados: (i) devem ser preservados os interesses do serviço público, evitando-se, assim, que de qualquer modo venham a ser afetados de maneira prejudicial; (ii) deve haver respeito aos direitos dos demais servidores e usuários do serviço público em geral, que não podem ser coagidos ou constrangidos a aquiescerem com a fé manifestada, sendo ressalvada a possibilidade de que, uma vez resguardado este pressuposto de conduta ética respeitosa e tolerante, os servidores visem o proselitismo, pois na verdade é da própria essência das crenças em geral tal prática de pregar os fundamentos de sua fé para conduzir outras pessoas a seguirem o mesmo caminho de fé que consideram o melhor para suas vidas; e (iii) deve ser observado o princípio constitucional da razoabilidade, para coibir eventuais atitudes abusivas, constrangedoras, que de alguma forma resultem em desvirtuamento dos fins do espaço público ou que resultem em induzimento forçado das pessoas a se submeterem a determinada crença.

XI – Desde que observados tais aspectos limitadores de ordem geral, não se encontra qualquer impedimento de ordem constitucional que impeça a coexistência harmônica dos citados valores fundamentais. E, qualquer norma inferior, legal ou infralegal, ou qualquer conduta neste país (estatal ou particular), que disponha em

sentido contrário importa em afronta à garantia constitucional, patenteando-se como ilegítima e devendo ser coartada pelos próprios poderes estatais, a quem incumbe, *ultima ratio*, a defesa destas mesmas garantias fundamentais dos cidadãos.

XII – Aplicando estes fundamentos à lide ora julgada, o exame atento dos autos mostra que, a despeito da previsão constitucional da liberdade de crença e de manifestação, bem como, a despeito da inexistência de qualquer expressa norma constitucional, e nem legal (ou mesmo infralegal), que traga linhas de regulamentação da conduta de servidores no serviço público à luz do debate constitucional mencionado, ou seja, a despeito da absoluta ausência de qualquer explícita regulamentação desse tema relativo à garantia fundamental, instaurou-se na UFMS, Câmpus de Corumbá, uma substancial e indevida restrição à liberdade de crença da servidora autora.

XIII – Registre-se também, que a prática tão perseguida pela alta direção da UFMS - inserir um versículo bíblico em correspondências internas da instituição de ensino - na verdade caracteriza uma clara manifestação histórica e cultural da sociedade brasileira, que nunca pode qualificar-se como violadora da laicidade estatal. Nesta condição de expressões essencialmente culturais, as citações bíblicas da servidora autora desta ação não podem qualificar-se como violadoras do princípio da laicidade estatal, pois não trazem em si qualquer conotação ou efeito de objetivamente constranger qualquer pessoa em sua liberdade religiosa. Foi exercida de maneira razoável, sem qualquer prejuízo ao serviço público e nem aos demais servidores, portanto, sem excesso dos limites gerais de conduta emanados da Lei Maior.

XIV – Anuladas todas as punições aplicadas nestes PAD's à servidora, por absoluta falta de amparo legal e flagrantemente violadoras dos princípios constitucionais. Ordem para que sejam extirpadas de seus registros funcionais.

XV – Demonstrado o dano moral sofrido pela parte autora, decorrente da conduta ilícita da chefia e alta direção da UFMS, mostra-se devida a condenação da UFMS no montante pleiteado pela autora, valor este razoável, proporcional e adequado para a reparação dos profundos e extensos danos morais constatados. Incidem correção monetária e juros moratórios desde a data do dano, conforme Súmulas 54 e 362 do STJ, aplicados conforme critérios do Manual de Cálculos da Justiça Federal vigente à época da liquidação.

XVI – APELAÇÃO PROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo no julgamento, nos termos do artigo 942 do Código de Processo Civil, e após a apresentação do voto complementar do senhor Desembargador Federal relator, a Segunda Turma decidiu, por maioria, conceder à autora os benefícios da assistência judiciária, bem como dar provimento à apelação, para o fim de julgar a ação procedente, anulando as sanções disciplinares aplicadas nos processos administrativos, objeto da presente ação, condenando a ré UFMS ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na data dos fatos, nos termos do voto do senhor Desembargador Federal Souza Ribeiro, acompanhado pelo voto do senhor Desembargador Federal Wilson Zauhy e pelo voto do senhor Desembargador Federal Hélio Nogueira, este em menor extensão no tocante ao valor arbitrado para a indenização; vencidos o senhor Desembargador Federal relator e o senhor Desembargador Federal

Peixoto Junior, que lhe negava provimento. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação ordinária ajuizada por WALESKA MENDONZA em face da FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL-FUFMS, em que pleiteia anulação de punição administrativa decorrente de constantes referências a Deus em comunicados oficiais da universidade, bem como indenização por danos morais. Às fls. 453/454, foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, por estarem ausentes seus pressupostos.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos, na medida em que, à luz do julgamento da ADI nº 2.076-5/AC, as referências a Deus no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 não têm força normativa, e as manifestações da autora violam a laicidade do Estado brasileiro.

A apelante aduz, em apertada síntese, que: (i) preliminarmente, requer a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça; (ii) no mérito, a sentença viola a liberdade de consciência e crença, conforme o artigo 5º, VI, da Constituição Federal de 1988; (iii) o direito à livre manifestação do pensamento é garantia essencial ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade da pessoa humana; (iv) a sentença também viola os preceitos de proporcionalidade e razoabilidade; (v) os danos morais constituem, no presente caso, modalidade *in re ipsa*, que dispensa demonstração; (vi) o provimento à apelação deve ser conjugado com a concessão de tutela antecipada.

Com contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

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

Inicialmente, cabe esclarecer que o benefício da justiça gratuita pode ser requerido a qualquer momento. Trata-se de entendimento consolidado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça antes mesmo do advento do atual Código de Processo Civil, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REQUERIMENTO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA CONCOMITANTE À INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. DESERÇÃO.

1. É possível o requerimento da assistência judiciária gratuita a qualquer tempo no curso do processo.
2. O deferimento da gratuidade de justiça requerida concomitantemente à interposição do recurso especial não tem efeitos retroativos, motivo pelo qual a parte recorrente não está dispensada de comprovar o preparo no momento da apresentação do apelo.
3. Agravo regimental desprovido. ..EMEN:
(AGARESP 201502494134, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:23/11/2015 ..DTPB:.).

Além disso, o artigo 99, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015 permite que se requeira o benefício da gratuidade de justiça em sede recursal. Ainda, está satisfeita a condição do respectivo §1º, na medida em que se trata da primeira manifestação nesta instância recursal, o que dispensa petição simples à parte.

A mera declaração de pobreza é, a princípio, suficiente para o deferimento do benefício pleiteado, a menos que conste nos autos algum elemento que demonstre possuir a parte condições de arcar com os custos do processo, sem privações para si e sua família, circunstância em que será necessário ao pretendo beneficiário comprovar o quanto alega.

Conforme o documento de fls. 739/740 (contracheque), o vencimento básico bruto da apelante é de R\$ 3.458,74, para o mês de agosto de 2016.

Quanto aos gastos, cabe considerar, de antemão, que há muitos comprovantes relativos aos anos de 2016 e 2017, todavia, é difícil encontrar aqueles de um mesmo mês que englobem a totalidade dos gastos correntes. O único mês que permite fazê-lo é o de março/2016. Assim, é ele que balizará a análise da concessão do benefício em comento.

Em março/2016 foram estes os gastos correntes comprovados: (i) R\$ 423,00 em aluguel (fl. 743); (ii) R\$ 55,74 em luz elétrica (fl. 747); (iii) R\$ 71,56 em serviço de água encanada (fl. 749); (iv) R\$ 44,99 em telefonia celular (fl. 755); (v) R\$ 130,31 em cartão de crédito (fl. 759); (vi) R\$ 275,00 em serviço de condicionamento físico (fl. 770); (vii) R\$ 300,00 em marmita mensal vegetariana. Somados, esses gastos totalizaram R\$ 1.300,60.

Considerando que, segundo a própria apelante, a média de sua remuneração líquida é de R\$ 2.920,00, sobraram, para o mês de março/2016, R\$ 1.619,40, quase o dobro do salário mínimo no aludido ano, R\$ 880,00.

Por conseguinte, indefiro o benefício de gratuidade de justiça, por estarem ausentes seus pressupostos.

No mérito, a sentença não merece reparos.

Inicialmente, convém ressaltar que o controle jurisdicional dos processos administrativos disciplinares se restringe aos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal. Assim, é defeso a este Poder Judiciário adentrar o mérito administrativo das punições disciplinares, sob pena de ofensa ao artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, é entendimento pacífico da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO A BEM DA DISCIPLINA. PRETENSÃO DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. O Recorrente, nas razões de seu recurso, pugna, em síntese, pela anulação do Conselho de Disciplina 078/2013, repisando o argumento de que não lhe foi oportunizada a reprodução simulada dos fatos, tal como requerido nos autos administrativos de origem, circunstância que culminou em violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.
2. Sobre a questão o Tribunal de origem consignou que “resta claro que a prova técnica demonstrou que o disparo fatal foi um ‘tiro encostado’, o que, de fato, descaracteriza a legítima defesa, tornando inócua a reconstrução pretendida” (fl. 192, e-STJ).
3. “É firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e desse Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o mandado de segurança não é a via adequada para o exame da suficiência do conjunto fático-probatório constante do Processo Administrativo Disciplinar - PAD, a fim de verificar se o impetrante praticou ou não os atos que foram a ele imputados e que serviram de base para a imposição de penalidade administrativa, porquanto exige prova pré-constituída e inequívoca do direito líquido e certo invocado. *O controle jurisdicional*

do PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e a legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a impedir a análise e valoração das provas constantes no processo disciplinar” (MS 16.121/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 25/02/2016, DJe 06/04/2016).

4. Recurso Ordinário não provido. ..EMEN:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

(ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 56023 2017.03.17021-8, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:14/11/2018 ..DTPB:.). (Grifo nosso)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DA PENA DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. ATO DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO MINISTRO DE ESTADO CHEFE DA CONTROLADORIA-GERAL. ALEGAÇÕES DE NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE AFASTADA. PROCEDIMENTO REGULAR.

1. Hipótese em que se pretende a concessão da segurança para que se reconheça a ocorrência de nulidades no processo administrativo disciplinar que culminou na aplicação da pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal.

2. O Ministro de Estado do Controle e da Transparência é autoridade responsável para determinar a instauração do feito disciplinar em epígrafe, em razão do disposto no art. 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição da República combinado com os artigos 18, § 4º, da Lei n. 10.683/2003 e 2º, inciso I, e 4º, § 3º, do Decreto n. 5.480/2005.

3. *A regularidade do processo administrativo disciplinar deve ser apreciada pelo Poder Judiciário sob o enfoque dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, sendo-lhe vedado incursionar no chamado mérito administrativo.*

4. Nesse contexto, denota-se que o procedimento administrativo disciplinar não padece de vicissitude, pois, embora não exatamente da forma como desejava a impetrante, foi-lhe assegurado o direito ao exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como observado o devido processo legal, sendo que a aplicação da pena foi tomada com fundamento em uma série de provas levadas aos autos, inclusive nas defesas apresentadas pelas partes, as quais, no entender da autoridade administrativa, demonstraram suficientemente que a empresa impetrante utilizou-se de artifícios ilícitos no curso do Pregão Eletrônico n. 18, de 2006, do Ministério dos Transportes, tendo mantido tratativas com a empresa Brasília Soluções Inteligentes Ltda. com o objetivo de fraudar a licitude do certame.

5. Pelo confronto das provas trazidas aos autos, não se constata a inobservância dos aspectos relacionados à regularidade formal do processo disciplinar, que atendeu aos ditames legais.

6. Segurança denegada. ..EMEN:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

(MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 20814 2014.00.32601-4, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:20/03/2018 ..DTPB:.). (Grifo nosso)

Além disso, principalmente as alegações de cerceamento de defesa e, portanto, de nulidade do PAD devem ser acompanhadas de efetiva demonstração de prejuízo, à luz do princípio *pas de nullité sans grief*, o qual orienta a sistemática da legislação processual brasileira, tanto cível quanto penal. Nesse sentido, é igualmente jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CURADOR AO SEMI-IMPUTÁVEL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o reconhecimento de nulidade exige a demonstração do prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*.

3. Na hipótese, com a renúncia do defensor e curador, foi constituído novo advogado pelo paciente, responsável pela interposição de mais de um recurso de apelação, embargos de declaração e recurso especial. Prejuízo à defesa não demonstrado.

4. *Habeas corpus* não conhecido. ..EMEN:

(HC 201101705286, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 14/06/2016 ..DTPB:.).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. LITISCONSÓRCIO. DEPOIMENTO PESSOAL. PARTE CONTRÁRIA. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 343 DO CPC/1973. ATUAL ART. 385 DO NCPC/2015. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE AFASTADA. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.

1. Nos termos do art. 343 do CPC/1973 (atual artigo 385 do NCPC/2015), o depoimento pessoal é um direito conferido ao adversário, seja autor ou réu.

2. Não cabe à parte requerer seu próprio depoimento, bem assim dos seus litisconsortes, que desfrutam de idêntica situação na relação processual.

3. O sistema das nulidades processuais é informado pela máxima “*pas de nullité sans grief*”, segundo a qual não se decreta nulidade sem prejuízo.

4. Recurso especial não provido. ..EMEN:

(RESP 201102644743, RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA: 07/06/2016 ..DTPB:.).

Ocorre que toda a argumentação da autora, desde a petição inicial, sequer faz referência a eventuais ilegalidades cometidas nos Processos Administrativos Disciplinares nº 23104.006441-2010-32, 23104.008582-2010-90 e 23104.001993/2011-35. Na verdade, ela simplesmente os relaciona à narrativa de perseguição em tese empreendida por seu superior hierárquico.

Assim, ela não se desincumbiu do ônus probatório previsto no artigo 373, I, do Código de Processo Civil de 2015.

No mais, quanto às questões efetivamente discutidas nestes autos, cabe esclarecer os seguintes pontos.

É indiscutível que, desde a proclamação da república, no 15/11/1889, o Estado brasileiro passou a ser laico. Isto é, deixou de professar, em caráter oficial, determinada fé - em nosso caso,

o catolicismo apostólico romano -, de maneira a garantir a liberdade religiosa individual de cada cidadão. Assim, por exemplo, a administração dos cemitérios e os registros da vida civil - nascimento, casamento e morte - passaram do âmbito da Igreja Católica para o Estado. Segundo julgamento do Supremo Tribunal Federal da ADI 4439/DF, relativa ao ensino religioso nas escolas públicas, a inviolabilidade de crença e a liberdade de culto pressupõem dupla atuação:

ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS. CONTEÚDO CONFSSIONAL E MATRÍCULA FACULTATIVA. RESPEITO AO BINÔMIO LAICIDADE DO ESTADO/LIBERDADE RELIGIOSA. IGUALDADE DE ACESSO E TRATAMENTO A TODAS AS CONFISSÕES RELIGIOSAS. CONFORMIDADE COM ART. 210, §1º, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, CAPUT E §§ 1º E 2º, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E DO ESTATUTO JURÍDICO DA IGREJA CATÓLICA NO BRASIL PROMULGADO PELO DECRETO 7.107/2010. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A interpretação da Carta Magna brasileira, que, mantendo a nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: *(a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos.*

2. A interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto são premissas básicas para a interpretação do ensino religioso de matrícula facultativa previsto na Constituição Federal, pois a matéria alcança a própria liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões.

3. A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.

(...)

7. Ação direta julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade dos artigos 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

(ADI 4439, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018). (Grifo nosso)

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça, ao apreciar decisão administrativa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Procedimento de Controle Administrativo nº 000141880.2012.2.00.0000 e Pedido de Providências nº 000105848.2012.2.00.0000 -, decidiu que a presença de crucifixos nos recintos das cortes nacionais não atenta contra a liberdade religiosa, muito menos à laicidade do Estado brasileiro.

No entanto, o caso concreto em nada se assemelha aos precedentes acima referidos. A apelante fez referências expressas a Deus e à Bíblia Sagrada em documentos públicos oficiais da universidade, o que inevitavelmente ultrapassa o campo da simbologia e da liberdade de crença. A apelante acabou por inserir frases religiosas no contexto de produção de atos administrativos

da pessoa jurídica de direito público em testilha, a Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Segundo definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (“Curso de Direito Administrativo”, 20^a edição, Editora Malheiros, 2005, página 358), define-se o ato administrativo como, *in verbis*:

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Ora, se a produção de atos administrativos significa, no plano do Direito, a emissão de declarações do Estado, entendidos tanto a Administração Pública direta e indireta quanto os particulares em colaboração, e se o Estado é laico, é inadmissível que, no conteúdo desses mesmos atos, haja referências a tal ou qual crença religiosa, ainda que seja aquela hegemônica na sociedade brasileira.

Por conseguinte, agiu com o devido acerto o magistrado sentenciante, ao constatar que o que a apelante pretende, sob a escusa de liberdade religiosa, é valer-se de sua posição junto à burocracia estatal para explanar, fora do contexto da Administração Pública, explanar seu posicionamento religioso.

Ante o exposto, voto por *negar provimento* à apelação.

À luz do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, majoro os honorários advocatícios para 11% (onze por cento), conforme as seguintes razões: (i) pouca complexidade jurídica; (ii) jurisprudências consolidadas.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO-VISTA

O Excelentíssimo Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO: Voto em decorrência do pedido de vista por mim apresentado na sessão eletrônica do dia 02/07/2019 (fl. 950).

Conforme relatório do Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES, eminente Relator deste processo, e compulsando os autos, trata-se na origem de ação ajuizada aos 07.02.2012 por WALESKA MENDONZA, servidora da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS, objetivando, em essência, tutela jurisdicional que venha a anular e obstar punições administrativas impostas e em vias de serem impostas em processos administrativos instaurados contra a autora - por fatos relacionados à conduta da servidora em fazer referências a Deus ou versículos da Bíblia em comunicados oficiais da Universidade ou mesmo ter afixado um quadro com o mesmo teor (contendo os “10 Mandamentos”) em seu local de trabalho, ou ainda, por haver feito denúncia à imprensa e órgãos públicos como MPF e OAB-MS acerca de perseguição religiosa que estaria sofrendo na Universidade -, bem como, postulando a ação também a condenação da ré UFMS em indenização por danos morais decorrentes da perseguição religiosa sofrida em seu local de trabalho por sua fé cristã (a autora se declara cristã evangélica integrante da Igreja Adventista do Sétimo Dia - Movimento de Reforma). A inicial veio acompanhada de documentos (fls. 17-311 e 317-318).

A ré UFMS apresentou contestação (fls. 325-335, com documentos a fls. 336-426) e, também, reconvenção (fls. 427-433, com documentos a fls. 434-452) postulando a condenação da autora a indenizar a Universidade por danos morais à sua honra objetiva.

A autora apresentou contestação à reconvenção (fls. 464/486).

A tutela antecipatória pleiteada para obstar o prosseguimento de processo administrativo então em trâmite foi indeferida pelo juízo *a quo* (fls. 453-454), em decisão que restou mantida em *decisum* monocrático nesta Corte (fls. 505-506; 540-541).

A autora juntou documentos comprovando a punição administrativa de suspensão de 30 dias, aplicada contra si nos autos de um dos processos administrativos (fls. 514-516), reiterando pedido de tutela antecipatória que, não obstante, foi indeferido a fls. 517.

As partes especificaram as provas que desejavam produzir, tendo o juízo *a quo* deferido no despacho saneador (fls. 523-524) apenas oitiva de testemunhas, indeferindo pedidos da autora de depoimento pessoal do representante da ré (Reitor da UFMS) e perícia psicológica (que visava realização sobre si mesma para demonstração dos danos morais sofridos). Audiências realizadas por precatória: (i) conforme termo a fls. 563 e mídia audiovisual juntada a fls. 566, com depoimento pessoal da autora, que fez juntar também documentos sobre fatos alegados em seu depoimento (fls. 568-572) e oitiva de uma testemunha arrolada pela autora; e (ii) conforme termo a fls. 583-587, com oitiva de uma testemunha arrolada pela autora e duas pela ré.

A sentença de primeira instância (Volume 3, fls. 614-619), proferida aos 08/09/2016, julgou a ação improcedente entendendo que as referências a Deus nas manifestações da autora violam a laicidade do Estado brasileiro, o princípio da isonomia e a supremacia do interesse público, assim não podendo o particular expressar seu posicionamento religioso, por isso podendo a UFMS impedir qualquer manifestação nesse sentido e, conseqüentemente, já que julgou a ação improcedente, poderia a UFMS também aplicar as penalidades administrativas contra a servidora, embora não tenha a sentença exposto qualquer fundamentação a respeito desta última temática. Julgou improcedente também a reconvenção proposta pela UFMS. Condenou a autora e a ré reconvinte, cada qual, em honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Interposta apelação pela autora (Volume 3, fls. 696-773), com contrarrazões apresentadas.

Nesta segunda instância, a autora reiterou o pedido de tutela antecipatória para suspensão do PAD nº 23104.001993/2011-35 (Volume 4, fls. 789-862 e fls. 821-862), tendo o e. Relator indeferido o pleito (fls. 863). Desta decisão a autora interpôs agravo interno (fls. 865-889). A fls. 892-899, a autora juntou novos documentos e requereu o reconhecimento de prescrição do PAD nº 23104.001993/2011-35. Na sequência, a autora noticiou decisão administrativa do arquivamento do PAD nº 23104.001993/2011-35, manifestando a desistência do agravo interno (fls. 925-940), homologada a fls. 943. A ré se manifestou sobre os documentos a fls. 946-947.

Em seu r. Voto, o eminente Relator indeferiu o pedido de justiça gratuita formulado pela autora em sede de apelação e, no mais, negou provimento aos recursos, mantendo integralmente a sentença, tecendo considerações sobre a laicidade do Estado e sobre vedação do Judiciário de examinar o mérito do ato administrativo (fls. 951-955).

Pedi vista dos autos para melhor conhecimento da controvérsia e, nesta oportunidade, após tomar conhecimento das alegações das partes, dos fatos e das provas dos autos, convenço-me em sentido contrário ao exposto pelo eminente Relator, pelo que nesta oportunidade apresento o processo para prosseguimento do julgamento por esta C. 2ª Turma, apresentando meu voto divergente pelos fundamentos adiante expostos, mediante os quais, pela ordem, passarei a analisar as seguintes questões controvertidas nestes autos:

Item I - Do pedido de justiça gratuita feito pela autora - deferimento;

Item II - Do mérito

Item II.A - Do controle de constitucionalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário - princípios da razoabilidade e proporcionalidade;

Item II.B.1 - Definição do objeto da ação - os valores fundamentais em confronto;

Item II.B.2 - Da harmonização dos valores fundamentais controvertidos - hermenêutica constitucional - critérios e princípios interpretativos;

Item II.B.3 - Da harmonização dos valores fundamentais controvertidos - no caso concreto;

Item II.B.3.1 - Do exame do caso concreto - A compatibilização dos valores constitucionais em confronto, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade;

II.C - Do pedido de danos morais.

I - Do pedido de justiça gratuita da parte autora - deferimento

Peço licença para discordar do eminente Relator quanto ao critério utilizado por Sua Excelência na valoração do limite para concessão ou não do pedido de justiça gratuita formulado pela parte autora.

Concordo com o eminente Relator no ponto em que assenta que basta ao interessado afirmar que não dispõe de recursos suficientes para arcar com os custos do processo para que lhe seja garantido o direito de acesso à Justiça com os benefícios da assistência judiciária gratuita, bem como, na consideração de que o Juiz do processo pode, fundamentadamente, indeferir o benefício quando constata nos autos elementos concretos no sentido de que a parte requerente tem condições de arcar com os custos do processo sem prejuízo da manutenção própria e da família.

Divirjo, porém, por constatar que a renda mensal líquida da autora, aferida no próprio voto do eminente Relator, seria de apenas R\$ 1.619,40 em março/2016, ou seja, menor que 2 (dois) salários mínimos vigentes à época (que era de R\$ 880,00/mês, conforme Decreto nº 8.618/2015), por isso mesmo não havendo elementos para se infirmar, com segurança e razoabilidade, a declaração de pobreza firmada pela parte autora.

É de se registrar que a Defensoria Pública da União adota o limite de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) mensais como limite para presunção da miserabilidade adequada à concessão da assistência judiciária (Res. nº 134/2016), estando a renda líquida da autora aquém deste limite.

Além disso, entendo que o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) de renda mensal é um limite razoável para aferição da vulnerabilidade econômica hábil à concessão do benefício de assistência judiciária gratuita, especialmente quando demonstradas despesas de elevada monta para manutenção própria e da família, como no caso dos autos.

Portanto, por meu voto, respeitosamente divergindo do e. Relator neste ponto, deve-se deferir à autora o benefício de assistência judiciária gratuita.

II - DO MÉRITO

II.A - Do controle de constitucionalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário - princípios da razoabilidade e proporcionalidade

No nosso regime constitucional, nenhuma conduta (ação ou omissão) pública pode estar livre do exame de conformação com os valores fundamentais proclamados na Lei Suprema da Nação. Este exame é realizado, em um primeiro momento, pelos próprios órgãos e agentes administrativos e, num segundo momento, pelo Poder Judiciário que detém, neste mesmo regime constitucional tripartite, da competência constitucional para proceder ao controle de constitucionalidade dos atos administrativos em geral.

A jurisprudência constitucional moderna, em estrita observância dos princípios gerais ínsitos à constitucionalidade contemporânea no regime democrático de governo, vigente em nosso país, tem assentado e pacificado o entendimento no sentido da possibilidade - na verdade, um dever-poder - do Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos atos da Administração em geral, controle que não se restringe a aspectos de legalidade *stricto sensu*, mas todos os seus elementos essenciais - inclusive o denominado mérito administrativo (conveniência e oportunidade) - estão sujeitos à confrontação com todo o espectro das normas constitucionais, escrutínio que permite o exame da legitimidade dos atos administrativos sob as luzes dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Trata-se de legítimo exercício da competência jurisdicional também no âmbito de atos administrativos de natureza punitiva, quando se evidencia, no exame de casos concretos, a necessidade de coartação de abusos e desvios de poder sob a ótica destes princípios constitucionais, pois nenhuma conduta pública pode estar livre do exame de conformação com os valores fundamentais proclamados na Lei Suprema da Nação, sob pena de se admitir um vasto campo de atuação pública livre à prática de abusos e violações de direito disfarçada como se fora um exercício legítimo de decisão sobre conveniência administrativa, quando, na verdade, conveniência administrativa não existe sem que haja um legítimo interesse público que o fundamente e, esse interesse dito público, somente pode-se compreender legítimo se o ato administrativo for praticado em atenção aos valores máximos da sociedade plasmados na Constituição Federal.

Conforme Barroso, o “princípio da razoabilidade consiste em um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa”, tratando-se de um “parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.

Para esse fim desenvolveu-se a doutrina de que as condutas do legislador e do administrador público sujeitam-se a uma relação racional entre os motivos (circunstâncias de fato), os meios e os fins, subdividindo o princípio da *razoabilidade* (ou *proporcionalidade*), em três elementos essenciais ou subprincípios:

1 - a *adequação* - a medida inserida na norma ou a adotada pelo administrador deve possuir uma relação lógica, racional, idônea para conduzir ao fim pretendido - esse critério expressa a *racionalidade*;

2 - a *necessidade* ou *exigibilidade* da medida - vedação ao excesso; consiste na inexistência de meios menos gravosos para o alcance dos fins objetivados; um instrumento de maximização dos preceitos constitucionais com a menor limitação possível aos bens juridicamente protegidos;

3 - a *proporcionalidade em sentido estrito* - a medida será legítima mediante uma ponderação de razoabilidade, um justo equilíbrio entre o ônus imposto e o benefício pretendido, buscando um equilíbrio entre os interesses primários (dos indivíduos) e os interesses secundários (da sociedade).

Constatação deste entendimento constitucional aplicado em sede de *atos punitivos*, por exemplo, temos na eliminação de abusividade de *multas punitivas em matéria tributária*, hipótese resolvida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de ser violadora do princípio da vedação do tributo confiscatório (CF/88, artigo 150, IV) aquelas que superem os 100% (cem por cento) do tributo devido, sendo, portanto, legítimas as multas punitivas impostas apenas até este limite. Nesse sentido os seguintes precedentes:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ISSQN. INCIDÊNCIA. INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. SUBITEM 14.5 DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003. MULTA FISCAL MORATÓRIA. LIMITES. VEDAÇÃO AO EFEITO CONFISCATÓRIO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. QUESTÕES RELEVANTES DOS PONTOS DE VISTA ECONÔMICO E JURÍDICO. TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

(STF, PLENO, MEIO ELETRÔNICO. RE 882461 RG / MG - MINAS GERAIS. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 21/05/2015. Publicação Processo Eletrônico DJe-112 DIVULG 11-06-2015 PUBLIC 12-06-2015)

Tema 816 - a) Incidência do ISSQN em operação de industrialização por encomenda, realizada em materiais fornecidos pelo contratante, quando referida operação configura etapa intermediária do ciclo produtivo de mercadoria. b) Limites para a fixação da multa fiscal moratória, tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório.

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MULTA PUNITIVA DE 120% REDUZIDA AO PATAMAR DE 100% DO VALOR DO TRIBUTO. ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS DA CORTE.

1. A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. É a sanção prevista para coibir a burla à atuação da Administração tributária. Nessas circunstâncias, conferindo especial destaque ao caráter pedagógico da sanção, deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos, respeitados os princípios constitucionais relativos à matéria.

2. A Corte tem firmado entendimento no sentido de que o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade revela-se nas multas arbitradas acima do montante de 100%. Entendimento que não se aplica às multas moratórias, que devem ficar circunscritas ao valor de 20%. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973.

(STF, 1ª Turma, unânime. ARE 938538 AgR / ES - ESPÍRITO SANTO . AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 30/09/2016. Publicação Processo Eletrônico DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016)

No âmbito da aplicação sanções administrativas aos servidores públicos, essa jurisprudência também tem sido aplicada em diversos casos, quando se constata, no exame dos casos individuais, um excesso do poder punitivo estatal à luz dos princípios da razoabilidade/proporcionalidade, como no seguinte exemplo:

EMENTA:...SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. EXCLUSÃO DA CORPORAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE...

1. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos.

2. A Corte de origem, ao analisar o conjunto fático-probatório da causa, concluiu que a punição aplicada foi excessiva, restando violados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (...) (STF - RE 609184-RS, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Julgamento: 05/03/2013, 1ª Turma, Publicação: acórdão eletrônico DJe-078, DIVULG 25-04-2013, PUBLIC 26-04-2013)

Nesse julgado, a Corte Suprema explicitou todos os critérios de aplicação dos princípios da razoabilidade/proporcionalidade no controle do mérito dos atos da administração pública, assentando que:

(i) é função do Judiciário, sem ofensa à separação dos Poderes, exercer o controle de legalidade dos atos da Administração, analisando sua legitimidade mediante os princípios da razoabilidade/proporcionalidade;

(ii) a proporcionalidade é princípio implícito da Constituição, atuando como critério obrigatório de interpretação e aplicação das normas pelo administrador;

(iii) exige-se que a medida adotada, além de adequada e necessária à finalidade apontada pelo agente, observe uma proporcionalidade entre o bem protegido pela conduta estatal e aquele que por ela é atingido ou sacrificado; se houver manifesta impropriedade da conduta, a Administração terá exorbitado os limites da discricionariedade, cabendo sua correção pelo Judiciário;

(iv) o controle jurisdicional dos atos da Administração incide sobre seu mérito, sob as luzes dos critérios da proporcionalidade/razoabilidade, nesse âmbito sindicando os motivos do ato (pressupostos de fato - no caso, a conduta do servidor considerada reprovável - e pressupostos de direito - a norma legal definidora da infração funcional), pelo que o Judiciário examina não apenas a proporção entre meios e fins do ato, mas também a proporção entre o ato e seus motivos;

(v) se os motivos declarados para a prática do ato não o justificam com razoabilidade (ou não há motivação ou os motivos são falsos), há vício passível de anulação/correção pelo Judiciário;

(vi) o limite jurisdicional está no exame dos critérios de legalidade do ato administrativo, à luz dos princípios que regem a Administração, não podendo substituir a conveniência e oportunidade reservada à Administração;

(vii) nas circunstâncias do caso, foi excessiva a punição de exclusão dos quadros públicos - ofensa aos princípios da razoabilidade/proporcionalidade -, anulando-se o ato punitivo;

(viii) deve o próprio Judiciário preservar a legítima competência discricionária da Administração, que, no caso, consistia em escolher a medida punitiva adequada, dentre as previstas na lei, assim determinando-se ao administrador que outra penalidade fosse aplicada observando a proporcionalidade/razoabilidade, excluía aquela afastada pelo tribunal.

Nada impede, pois, que a atuação da Administração Pública seja examinada pelo Poder Judiciário à luz dos princípios constitucionais, mas sim, o nosso regime constitucional sufraga e impõe esse controle constitucional de atos administrativos, no exame de cada caso específico, conforme as situações evidenciadas e as provas produzidas nos autos do processo.

II.B.1 - Definição do objeto da ação - os valores fundamentais em confronto nos autos

A controvérsia objeto destes autos é significativamente profunda e sensível, pois, traz a debate um conflito entre, de um lado, alguns dos valores fundamentais de que todas as pessoas em nosso país são titulares - as garantias constitucionais da *liberdade de expressão* e da *liberdade de consciência e de crença* (Constituição Federal/1988, artigo 5º, incisos IV e VI) -, e, de outro lado, os *princípios do interesse público e impessoalidade* que devem reger todos os atos da Administração Pública na atuação de seus agentes / órgãos e o *princípio da laicidade do Estado brasileiro* (art. 19, inciso I).

Apenas para bem identificar a lide, faço a seguinte sucinta descrição do objeto da controvérsia desta ação.

Esta demanda foi movida aos 07.02.2012 por servidora da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS objetivando tutela jurisdicional que a proteja contra conduta de seus superiores que qualifica como *perseguição religiosa*, postulando-se, em essência, tutela anulatória e impeditiva de que venha a ser punida administrativamente em razão do exercício de sua crença. Relatou-se a instauração de 3 (três) processos administrativos contra a autora, em síntese, instaurados para apurar a sua responsabilidade por supostas infrações funcionais que teriam decorrido da prática de atos consistentes em deixar de acatar a orientação de seus superiores no sentido de que deveria deixar de fazer referência a citações da Bíblia em documentos oficiais da Universidade, bem como, deixar de afixar um quadro com os dizeres dos 10 Mandamentos em seu ambiente de trabalho, e ainda, a prática de outros atos pela servidora, fora do ambiente de trabalho mas relativos a essa controvérsia interna da Universidade, nos quais a servidora teria denunciado ao Ministério Público, à OAB e à mídia acerca da alegada prática de perseguição religiosa sofrida naquela entidade educacional, atos que, no entender da administração daquela Universidade, foram imputados como ofensivos aos superiores e até à honra objetiva daquela UFMS. Destes processos administrativos resultaram aplicações de sanções à servidora por consideradas infrações administrativas (advertência e suspensão de 20 dias, esta anulada e depois re aplicada com o prazo de 30 dias), sendo que um dos processos ainda estava em tramitação (este que, recentemente, noticiou-se nos autos ter sido arquivado por inexistência de infrações a serem punidas, embora a decisão final do Reitor, embora arquivando o PAD, mais uma vez, determinou à autora que se abstinhasse de lançar referências bíblicas em suas manifestações internas da UFMS).

A UFMS, de seu turno, sustentou, em síntese, que o Estado é laico e deve prevalecer o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da impessoalidade da administração e, por isso, deve ser excluída a possibilidade de que haja qualquer citação bíblica em qualquer manifestação dos servidores em atos oficiais, pois tais referências teriam cunho pessoal não compatível com o interesse público/impessoalidade que deve reger a conduta do Estado. E, confirmando mesmo o que se extrai dos documentos juntados aos autos a respeito do fundamento de instauração dos processos administrativos contra a servidora, a UFMS pede, em reconvenção nesta ação judicial, que a servidora/autora seja condenada por danos morais à honra objetiva da Universidade, porque sua conduta não consistiria numa “perseguição religiosa”, mas legítima atuação para preservar os interesses da Instituição quanto à laicidade do Estado e viu-se ofendida pelas denúncias feitas pela autora-reconvinda.

Após esta breve síntese da lide, passo a examinar a controvérsia fundamental em debate, desde já pedindo respeitosa licença ao eminente Relator para dele discordar de sua fundamentação *in totum*, deixando desde já consignado meu entendimento pela integral procedência da ação.

Item II.B.2 - Da harmonização dos valores fundamentais controvertidos - hermenêutica constitucional - critérios e princípios interpretativos

O caso dos autos exige a definição do modo pelo qual se deve proceder à aplicação dos valores expressos nas normas constitucionais em confronto, acima mencionadas, para esse fim impondo-se buscar os recursos da hermenêutica constitucional, que tem por objeto a identificação dos enunciados normativos decorrentes nas normas (regras e princípios) constitucionais, num processo de concretização construtiva que passa pela análise das normas em sua interação com os fatos sobre os quais deve incidir, no contexto da realidade social em que se insere e sob o influxo dos valores e fins desta mesma sociedade.

Nesse processo concretizador-constutivo da norma, buscam-se os seus sentidos, o seu conteúdo, através dos critérios interpretativos que visam identificar sua essência, dando-se prevalência especial aos *critérios*:

- *teleológico* - em que se busca identificar os propósitos, os fins que a norma objetiva alcançar mas, além disso, também se procura estabelecer esta finalidade normativa conforme sua conexão com o contexto social vigente;

- *lógico* - em que “se investiga a vontade do legislador, mas sujeitando a norma, em si, e na sua inserção sistemática no ordenamento jurídico, a juízos lógicos (presunção, indução e dedução) capazes de conferir legitimidade e validade a todo o processo de construção e reconstrução do preceito, segundo as premissas em que assentado o Direito”; e

- *sistemático* - em que se “aprofunda o vínculo, não apenas pelo ângulo lógico-formal, mas axiológico e teleológico (valor e fim) da norma com o ordenamento jurídico, de modo a fixar uma identidade da parte com o todo, numa construção recíproca do sentido de unidade, que forneça, ao final, uma coesão formal e substancial do Direito, enquanto sistema coordenado e hierarquizado, em que cada norma busca refletir a essência do conjunto e vice-versa”.

Além disso, a própria interpretação das normas constitucionais rege-se por *princípios*, dentre os quais se destacam, para a solução do conflito aqui em análise, os seguintes:

- o da *supremacia da Constituição* - pelo qual a Constituição consubstancia a norma matriz, o fundamento sobre a qual são criadas todas as demais normas infraconstitucionais; somente nela se deve encontrar o sentido de unidade essencial para a interpretação de seu conteúdo e valor normativo, que é o parâmetro subordinante da legislação infraconstitucional. É na supremacia constitucional que, na doutrina neoconstitucionalista, se assenta a formação e a manutenção do Estado de Direito com a garantia dos direitos fundamentais, num regime democrático assentado na dignidade da pessoa humana e na justiça social. A Constituição constitui o parâmetro objetivo de validade para a recepção de normas preexistentes ou para criação de outras, bem como da atividade comissiva ou omissiva dos poderes constituídos;

- o da *força normativa da Constituição* - segundo o qual, a Constituição, expressando-se como lei fundamental que organiza todo o Estado e a Sociedade e que regula a convivência social segundo determinados valores e princípios, não se constitui em meros enunciados declaratórios desprovidos de efeitos vinculantes, mas sim constitui-se num instrumento normativo destinado a produzir efeitos jurídicos, notadamente para orientar a edição de um ordenamento jurídico conformado ao seu conteúdo normativo. O intérprete deve formular juízos que extraiam do texto constitucional os elementos valorativos que atribuam a sua eficácia para cumprir essa função na ordenação social. Esta normatividade, porém, é extraída do confronto/interação das possibilidades jurídicas do texto com a realidade social, mas sempre delimitada pela estrutura normativa da própria Constituição;

- o da *máxima efetividade da Constituição* - pelo qual o intérprete deve buscar a interpretação do texto constitucional que confira a máxima e imediata efetividade da norma, sem invadir o campo de deliberação política do legislador. Conforme Barroso: “Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. ... O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.”;

- o da *unidade da Constituição* - sendo a Constituição expressão da *unidade política estatal*, deve ela expressar uma *unidade normativa* que, embora seja resultado de uma pluralidade de valores e sentidos das diversas forças políticas sociais, deve apresentar-se como um sistema coerente e lógico para a organização e disciplina da vida política e social. Assim, não se concebe possibilidade de normas constitucionais contrárias à própria Constituição (salvo indevida revisão ou reforma no Texto), devendo o intérprete conciliar as diversas normas nesta noção de unidade harmônica, superando conflitos aparentes de normas mediante emprego de métodos e critérios que definam os conteúdos e limites de cada norma a fim de encontrar a norma aplicável ao caso concreto;

- o da *eficácia integradora da Constituição* -expressando a Constituição o pacto da unidade política estatal, deverá ser interpretada sempre de forma a fortalecer os vínculos da integração política, adotando-se a alternativa interpretativa que confira maior eficácia aos fundamentos (valores, princípios) da unidade política e ao modo de ser da sociedade a que se refere. Na concepção estatal democrática, as soluções adotadas devem pressupor e contemplar o pluralismo dos valores políticos e sociais, sempre objetivando alcançar a unidade dentro da diversidade, afastando interpretações que importem em situações de exceção (como centralismo, autoritarismo etc.);

- o da *concordância prática* - considerando a unidade normativa da Constituição e que todas as suas normas (regras e princípios) têm normatividade (conteúdo e sentido com eficácia para dirigir o agir político e social no seu campo de incidência), se ocorrerem situações de antinomias ou contraposições entre elas, deve-se encontrar solução que harmonize seus conteúdos normativos, de forma que uma não elimine a eficácia de outra, procedendo a um balanceamento, uma análise ponderada e razoável dos respectivos limites normativos, resultando numa mútua contenção ou cedência para viabilizar a eficácia de todas. Assim, as normas constitucionais têm normatividade não absoluta, sendo limitados pela eficácia concorrente e paralela das outras, visando conferir unidade e harmonia à Constituição.

Item II.B.3 - Da harmonização dos valores fundamentais controvertidos - no caso concreto

Aplicando tais critérios e princípios interpretativos à lide ora em julgamento, conclui-se que:

- o princípio da laicidade do Estado, assim como os princípios que regem a atividade da administração pública (interesse público, impessoalidade, isonomia, publicidade, moralidade, legalidade etc.), devem ser harmonizados com os princípios expressos nas garantias fundamentais da liberdade de crença e da liberdade de expressão;

- tais princípios, como toda e qualquer norma constitucional ou infraconstitucional em nosso ordenamento jurídico, nenhum deles tem caráter absoluto, como se um excluísse a aplicação dos demais no caso concreto, mas sim, todos devem ter sua incidência de modo concomitante, porém, conciliados, harmonizados de modo a conferir a maior eficácia possível aos respectivos conteúdos normativos;

- esta harmonização deve realizar-se de modo a observar e dar eficácia aos valores e fins expressos nos referidos princípios, atentando-se para o contexto fático e os valores emanados da sociedade;

- para esta harmonização dar-se de modo prático e efetivo, é importante anotar que, se dentre os valores fundamentais envolvidos na lide algum deles está se sobrepondo de modo a excluir um ou alguns dos demais valores em conflito, deve o intérprete buscar uma solução que garanta a coexistência de todos, de modo que se assegure a eficácia também

destes últimos, balanceando e conciliando a eficácia e os campos de incidência de cada qual no caso concreto;

- esta harmonização deve realizar-se, ainda, sob a regência dos princípios ínsitos ao regime democrático que comandam nossa ordem constitucional, regime que se assenta nos valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e do objetivo maior da justiça social que, por sua vez, exigem do intérprete a consideração de que a sociedade é integrada por uma pluralidade de valores políticos e sociais, os quais devem ser pressupostos, identificados, sope-sados e respeitados, de modo a se reconhecer eficácia dos valores prevalecentes no meio social subjacente, mas também harmonizando e garantindo a eficácia dos direitos fundamentais de todos, mesmo de grupos sociais minoritários, assim alcançando uma solução interpretativa que assegure uma unidade dentro da diversidade, afastando interpretações que importem em situações de exceção ou de exclusão social (centralismo, autoritarismo, privilégios a determinadas categorias ou grupos sociais etc.);

- neste processo de concretização e construção da norma aplicável ao caso concreto, deve-se garantir, nos limites que as normas e as condições fáticas permitam, a coexistência e eficácia dos valores constitucionais em consideração, fazendo prevalecer, porém, aqueles valores que têm maior realce na estrutura e fundamentação do estado democrático de direito, ou seja, o intérprete deverá sempre buscar garantir que as garantias fundamentais da pessoa humana sejam dotadas da maior efetividade possível, até o limite das garantias dos demais membros da coletividade;

- e, por fim, um outro importante critério que é chave para o julgamento da presente demanda, tem-se assentado que, uma vez que se estabeleça uma situação de aparente conflito entre valores fundamentais da pessoa humana e outros valores do próprio Estado, o intérprete deve sempre buscar uma solução de modo a dar prevalência àqueles primeiros, posto que o Estado é, fundamentalmente, instituído com o fim de proporcionar as condições para manutenção e desenvolvimento da sociedade que o instituiu, mas não é um fim em si mesmo, pois em essência sua própria criação traz o objetivo primordial da garantia dos direitos fundamentais da toda pessoa humana que integra o meio social. Por esta razão, dá-se sempre prevalência aos valores de ordem substancial - no caso, os direitos fundamentais dos cidadãos - em face dos valores de ordem instrumental do Estado, sem que, obviamente, estes tenham sua eficácia eliminada, mas sim compatibilizados com o exercício daquelas garantias constitucionais.

Assentadas estas premissas interpretativas, aplicando-as no exame do caso ora em julgamento, tenho assentado firmemente o entendimento no sentido de que o princípio da laicidade do Estado e também os princípios constitucionais que regem a administração pública, devem ceder prevalência ante as garantias fundamentais da liberdade de crença e da liberdade de expressão, pois estes são, *in casu*, os valores constitucionais que devem merecer a proteção jurisdicional para que possam ter assegurada sua eficácia na situação fática subjacente.

Façamos aqui um exame mais detido.

Examinando-se os valores em cogitação, preliminarmente, é necessário registrar que a crença-fé-religião integra e forma a própria personalidade humana, sendo seu direito inalienável e irrenunciável, integrando o rol da Declaração Universal dos Direitos do Homem - DUDH, proclamada aos 10.12.1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, especificamente em seus artigos 18 e 19, personalidade cujo pleno exercício é garantido em todo e qualquer lugar (artigo 6º) e em condições isonômicas (artigo 7º), *verbis*:

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

PREÂMBULO

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

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;

Considerando que é essencial a protecção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;

Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais;

Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso:

A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

Artigo 1º

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

Artigo 2º

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

(...)

Artigo 6º

Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica.

Artigo 7º

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

(...)

Artigo 18º

Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

Artigo 19º

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

Se é reconhecido no plano universal como um direito inalienável da personalidade, ou seja, que integra a própria essência da pessoa humana, pode e deve ele ser exercido pela pessoa em qualquer lugar em que esteja, seja qual for a natureza dos ambientes em que esteja ou dos atos que pratique, porque constitui expressão da sua personalidade.

Assentamos aqui um pressuposto de direito universal, do qual o Brasil é signatário, portanto, integra o nosso ordenamento jurídico, é norma jurídica dotada de plena eficácia em nosso país.

A seguir, podemos pontuar, em primeiro lugar, que a *liberdade de religião* consignada como garantia fundamental no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, é *exercida sob 3 (três) formas*: (i) a liberdade de ter alguma crença, ou de passar a adotar outra fé, ou de deixar de ter qualquer religião, ou de descrever de tudo, ou de ser ateu ou agnóstico; (ii) a liberdade de culto; e (iii) a liberdade de associação religiosa; bem como, *expressa-se sob 2 (duas) dimensões*: (i) na vida privada; e (ii) na vida pública, correlacionando-se aqui com a liberdade de manifestação do pensamento (CF/88, art. 5º, inciso IV).

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Quanto à liberdade da manifestação do pensamento, é também consagrado pela Constituição Federal, no art. 5º, inciso IV. O inciso IX do mesmo dispositivo também ensina que é livre a expressão da atividade de comunicação, independentemente de censura ou licença. O art. 220, caput, da Carta Magna diz: “*A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*” E o §2º do mesmo dispositivo, por sua vez: “*É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.*”

Na ADPF 187, o STF consagrou a liberdade de expressão “*como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas*”, aduzindo que se trata de “*núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias*”.

Estes são os valores fundamentais em apoio da pretensão esposada pela parte autora.

No sentido contraposto nos autos, registre-se que a laicidade estatal (CF/88, artigo 19, inciso I) impõe que o Estado não se imiscua com qualquer organização religiosa - não assuma qualquer feição confessional - e também se abstenha de favorecer ou desfavorecer qualquer tipo de crença em detrimento de outras, garantindo nas suas ações uma neutralidade e isonomia de tratamento a todas, respeitando a multiplicidade de valores no seio da sociedade democrática.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

TÍTULO III - DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

CAPÍTULO I - DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

(...)

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Todavia, a laicidade estatal de modo algum expressa o significado que a UFMS pretende atribuir ao citado princípio, qual seja, no sentido de que o Estado estivesse proibido de, no exercício de suas atividades, fazer qualquer referência a crenças. Tal posicionamento contraria os próprios princípios e fins da instituição estatal.

Com efeito, na verdade o próprio interesse público, uma vez instruído com os influxos do princípio isonômico e considerando situações fáticas particulares constatadas na realidade social, poderá legitimar determinadas ações públicas voltadas a determinados grupos sociais designados justamente por sua religiosidade e crença. E isso evidencia que ao Estado não apenas não está vedado incursionar nesta área, como, bem ao contrário, os próprios fundamentos estatais impõem que o Estado pressuponha a existência de interesses e valores de grupos sociais ligados à questão da fé/religiosidade, assim identificando eventuais necessidades de intervenção e desenvolvendo políticas públicas que a elas sejam relacionadas e direcionadas.

Ainda sob um outro prisma, é certo que o Estado é instituído pelo povo de um país e destina-se a assegurar os valores fundamentais prevalecentes dessa mesma coletividade, dentre os quais têm destaque também os valores de fé, de crença, de religião, ou mesmo os casos minoritários dos que não professam alguma religião ou que adotam outras orientações espiritualistas (como o ateísmo que, em essência, também já implica filosoficamente numa espécie de “crença” direcionada à negação de Deus; ou, semelhantemente, o agnosticismo, ou o humanismo; ou o espiritismo kardecista, ou o budismo etc.), tanto que nossa Constituição insere este valor dentre as garantias fundamentais dos cidadãos em nosso país (CF/88, art. 5º, inciso VI).

Sob esse enfoque se demonstra que não está o Estado de modo algum alheio às questões de consciência e crença que emanam da pluralidade existente no meio social. Antes, conhece-as e objetiva a proteção do exercício de quaisquer delas por aqueles que escolhem segui-las como balizas valorativas de suas vidas.

Assim, o exercício dessa garantia constitucional deve ser oportunizado em nossa nação da forma mais ampla possível, seja em manifestações no âmbito privado, seja também no âmbito público, eis que não há qualquer óbice normativo de natureza constitucional que legitime restrição desta espécie.

Ora, sendo o Estado integrado e exercido por servidores selecionados dentre as pessoas dessa mesma coletividade, não há qualquer preceito fundamental que impeça tais pessoas de,

no regular exercício de suas funções públicas, exercerem de forma concomitante e harmônica também a sua garantia fundamental de crença.

Na verdade, o Estado age por meio destes agentes selecionados no âmbito da sociedade, e são estes mesmos agentes públicos que vão dar vida à organização estatal, inclusive no sentido de trazer para o âmbito das decisões estatais as necessidades da sociedade em que vivemos e também o desenvolvimento das ações públicas voltadas à solução de cada qual delas, mas sempre o farão, como não poderia deixar de ser, sob o influxo e instrução dos próprios valores prevalescentes na sociedade em que vivem, ou seja, as soluções públicas serão motivadas pela moralidade, pela cultura, pelos costumes, pelos ideais de vida, enfim, pela multiplicidade de valores que instruem e nutrem a coletividade social.

Decorre disso que não podem ser excluídos, também das manifestações no âmbito público (estatal), os valores de crença que majoritariamente informam a sociedade brasileira, apenas devendo ser delimitado tal agir pelo dever de respeito e tolerância com a garantia de crença de todos os grupos sociais, inclusive os minoritários.

Deve-se concluir, portanto, que as manifestações de religiosidade da sociedade brasileira no âmbito público são perfeitamente legítimas.

Note-se, nesse sentido, que os próprios constituintes que elaboraram e promulgaram a Constituição Federal de 1988, fizeram constar expressamente em seu Preâmbulo que assim o faziam “sob a proteção de Deus”, o que, a despeito de ter ou não tal preâmbulo alguma força normativa (discussão sobre a qual, aliás, falece interesse para a resolução da lide aqui tratada), claramente expressa uma declaração pública, oficial, emanada dos constituintes que foram responsáveis por fundar a própria ordem constitucional em que vivemos, declaração pública que representava, e continua a representar, a crença da esmagadora maioria da população acerca da existência de Deus, e não só isso, da existência de um Ente Espiritual Superior - seja qual for a denominação que determinada crença lhes dê, mas que no Brasil, sabemos todos, se trata majoritariamente da fé relativa ao Deus do Cristianismo, baseada na ação redentora do nosso Senhor e Salvador Jesus Cristo, fé esta fundamentada nos escritos da Bíblia Sagrada -, enfim, um Deus capaz de abençoar e proteger aqueles que assentam suas vidas nos valores do amor e do bem por Ele ensinados e que nEle buscam proteção e redenção eterna e gloriosa para suas vidas.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, *sob a proteção de Deus*, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (negrito não original)

Afora esta declaração preambular de essência constitucional, que vem em acréscimo à própria garantia fundamental da liberdade de consciência e crença inserida na declaração do compromisso Estatal permanente para com as garantias fundamentais dos cidadãos, há também a determinação constitucional no sentido de que o “*ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental*” (CF/88, art. 210, § 1º), norma que também expressa o

reconhecimento da importância cultural da(s) religião(ões), a ser ofertada inclusive no âmbito do ensino público.

TÍTULO VIII - DA ORDEM SOCIAL

CAPÍTULO III - DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO

SEÇÃO I - DA EDUCAÇÃO

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Também há outros pontos de contato entre o Estado e as religiões em previsões da Lei Maior que importam no reconhecimento da relevância da questão de fé na organização político-social brasileira: art. 5º, VII (garantia de assistência religiosa em entidades civis e militares de internação coletiva); art. 5º, VIII (vedação de privação de direitos por motivo de crença religiosa), art. 143, § 1º (exclusão da obrigação de serviço militar devido a imperativo de consciência por motivo de crença religiosa).

Há também muitos outros exemplos de manifestações públicas da fé do povo brasileiro, veiculadas através de normas infraconstitucionais, como por exemplo:

(i) a adoção do calendário cristão em atos públicos registrais e para quaisquer fins de calendário no nosso país;

(ii) o emprego da expressão “*Deus seja louvado*” nas cédulas de papel moeda brasileiro;

(iii) a existência de inúmeros feriados federais, estaduais ou municipais ligados à fé cristã, inclusive o descanso semanal aos domingos, especialmente em sua vertente católica.

Todos estes são exemplos de expressões da fé no âmbito público, dentre outros análogos que poderiam ser aqui citados, em relação aos quais, contudo, não se cogita de que tais expressões públicas de fé cristã, expressivas de valores históricos e culturais, sejam ou devam ser consideradas inconstitucionais ou de qualquer forma ilegítimas ou violadoras da liberdade de fé de quaisquer pessoas.

Certamente não se extrai de nenhuma destas expressões públicas de crença qualquer tipo de afronta ou constrangimento aos cidadãos que abraçam fés diferentes, aos quais, contudo, sempre deve ser assegurada a garantia de não terem de sujeitar sua própria consciência à fé em si mesma considerada nas referidas manifestações.

Da mesma forma não se pode conceber a ocorrência de uma tão grave violação constitucional que fosse decorrente de uma mera manifestação da crença individual de qualquer servidor público, mesmo que exercida no âmbito do espaço público de suas atividades, quando respeitados certos limites, limites estes que se possam extrair exclusivamente dos demais comandos constitucionais, por serem de mesma natureza e grau hierárquico na estrutura normativa da nossa ordem jurídico-constitucional.

Exatamente seguindo esse mesmo norte interpretativo veio a posicionar-se o Colendo Supremo Tribunal Federal em vários julgamentos ligados ao tema da religiosidade. Exemplifiquemos com alguns deles:

Na ADIn nº 2566-DF, julgada aos 16/05/2018, tratando do tema da *liberdade religiosa no âmbito de radiodifusão* (bem de titularidade estatal, mas exercida por particulares mediante concessão pública), assentou-se que *a garantia fundamental deve ser exercida mesmo no âmbito dos espaços públicos* e que nela se insere toda a gama de manifestação do pensamento

e crença, inclusive a possibilidade de proselitismo que lhe é inerente;

Ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI N. 9.612/98. RÁDIODIFUSÃO COMUNITÁRIA. PROIBIÇÃO DO PROSELITISMO. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA.

1. A liberdade de expressão representa tanto o direito de não ser arbitrariamente privado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento quanto o direito coletivo de receber informações e de conhecer a expressão do pensamento alheio.

2. Por ser um instrumento para a garantia de outros direitos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a primazia da liberdade de expressão.

3. *A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. O discurso proselitista é, pois, inerente à liberdade de expressão religiosa. Precedentes.*

4. A liberdade política pressupõe a livre manifestação do pensamento e a formulação de discurso persuasivo e o uso do argumentos críticos. Consenso e debate público informado pressupõem a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações.

5. O artigo 220 da Constituição Federal expressamente consagra a liberdade de expressão sob qualquer forma, processo ou veículo, hipótese que inclui o serviço de radiodifusão comunitária.

6. Viola a Constituição Federal a proibição de veiculação de discurso proselitista em serviço de radiodifusão comunitária.

7. Ação direta julgada procedente.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes (Relator) e Luiz Fux, julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 4º da Lei 9.612/1998. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli (...). Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 16.5.2018

(STF. Pleno. ADI 2566 / DF. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 16/05/2018. Publicação DJe-225 DIVULG 22-10-2018 PUBLIC 23-10-2018)

Na ADIn nº 4439-DF, julgada em 27/09/2017, tratou-se do tema da laicidade do Estado em face da liberdade religiosa nas escolas públicas, assentando-se a interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto, matéria que alcança a própria liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões na nossa sociedade democrática;

Ementa: ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS. CONTEÚDO CONFESSIONAL E MATRÍCULA FACULTATIVA. RESPEITO AO BINÔMIO LAICIDADE DO ESTADO/LIBERDADE RELIGIOSA. IGUALDADE DE ACESSO E TRATAMENTO A TODAS AS CONFISSÕES RELIGIOSAS. CONFORMIDADE COM ART. 210, §1º, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, CAPUT E §§ 1º E 2º, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E DO ESTATUTO JURÍDICO DA IGREJA CATÓLICA NO BRASIL PROMULGADO PELO DECRETO 7.107/2010. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A interpretação da Carta Magna brasileira, que, mantendo a nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos

estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos.

2. *A interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto são premissas básicas para a interpretação do ensino religioso de matrícula facultativa previsto na Constituição Federal, pois a matéria alcança a própria liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões.*

3. *A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.*

4. A singularidade da previsão constitucional de ensino religioso, de matrícula facultativa, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), implica regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, autorizando à rede pública o oferecimento, em igualdade de condições (CF, art. 5º, caput), de ensino confessional das diversas crenças.

5. A Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões.

6. O binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa está presente na medida em que o texto constitucional (a) expressamente garante a voluntariedade da matrícula para o ensino religioso, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina; bem como proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais.

7. Ação direta julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade dos artigos 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, que proferiu voto em assentada anterior. Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 27.9.2017.

(STF. Pleno. ADI 4439 / DF. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Relator p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 27/09/2017. Publicação DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018)

Estes são paradigmáticos julgados do Eg. STF a respeito dos contornos da liberdade de expressão e da liberdade de consciência e culto, ambos proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com eficácia vinculante e *erga omnes*, portanto, cujos fundamentos conceituais, teóricos e interpretativos devem ser transpostos, portanto, na análise de questões análogas por todos os tribunais do país, como no caso dos autos.

Seguindo tais parâmetros, aliás, esta Colenda Corte Regional Federal já examinou especificamente situação análoga à que se examina nestes autos - que trata de expressão de

religiosidade no âmbito dos espaços públicos - ao julgar improcedente uma ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal com o fim de que fossem todos os símbolos religiosos eliminados (crucifixos, imagens, símbolos da fé cristã, etc.) dos prédios públicos da União Federal situados nesta unidade da Federação sob alegação de que isso violaria a laicidade do Estado. Assentou esta Corte, então, exatamente o entendimento que acima se expôs e que é sufragado pela Suprema Corte, no sentido de que a conduta de tais servidores é totalmente legítima, fundada que é nas liberdades de expressão e de crença e também expressando-se como uma manifestação histórica e cultural do povo deste país, daí não se extraindo qualquer incompatibilidade com o princípio da laicidade estatal.

Esta posição, aliás, também foi proclamada pelo Conselho Nacional de Justiça no julgamento de quatro pedidos de providência (1344, 1345, 1346 e 1362), em 06/06/2007, quando se entendeu que a manutenção de crucifixos em salas de audiências judiciais não tem efeito coator contra quaisquer pessoas que não ostentem a mesma crença de tais símbolos, não transformando o Estado laico em clerical e nem ofendendo interesse público, sendo legítimas manifestações de crença e de cultura do país.

Igualmente esta Corte julgou improcedente outra ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal com o fim de que fosse excluída a expressão “Deus seja louvado” das cédulas de papel-moeda brasileira.

Eis os citados precedentes desta Corte Federal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONVIVÊNCIA DO ESTADO LAICO COM SÍMBOLOS RELIGIOSOS. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando a retirada de todos os símbolos religiosos (crucifixos, imagens, etc.) ostentados nos locais proeminentes, de ampla visibilidade e de atendimento ao público nos prédios públicos da União Federal, no Estado de São Paulo. 2. A presença de símbolos religiosos em prédios públicos não colide com a laicidade do Estado brasileiro. Trata-se de reafirmação da liberdade religiosa e do respeito a aspectos culturais da sociedade brasileira. 3. Apelação desprovida. (TRF3, QUARTA TURMA, unânime. Acórdão Número 0017604-70.2009.4.03.6100. APELAÇÃO CÍVEL 1868675 (ApCiv). Relator DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA. Data: 07/02/2018; Fonte da publicação. e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/04/2018)

IMPRESSÃO DA FRASE DEUS SEJA LOUVADO NO PAPEL MOEDA BRASILEIRO: ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal objetivando a retirada dessa expressão da cédula do Real, à alegação de ofensa contra a liberdade religiosa e de violação dos princípios da *laicidade* estatal, da liberdade de crença, da isonomia e da legalidade; ação julgada improcedente. (...)

DEFINIÇÃO DOS TERMOS DEUS E RELIGIÃO: subentende-se, pela simples análise das definições dos termos DEUS e RELIGIÃO, que a expressão Deus seja louvado não privilegia uma ou outra vertente religiosa, considerando que qualquer uma delas - em seu cerne - cultiva a ideia ou a intuição da existência de uma divindade (monoteístas), ou de várias (politeístas). **A LIBERDADE RELIGIOSA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL:** a Constituição Federal - promulgada “sob a proteção de Deus”, como ocorreu com outras Cartas à exceção das de 1891 e 1937 - garante a liberdade religiosa, expressada na liberdade de crença, na liberdade de culto e na liberdade de organização religiosa. Ensina José Afonso da Silva que a liberdade de crença inclui a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade/direito de mudar de religião, a liberdade de não aderir à religião alguma, a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embarçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença (*in Curso*

de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 249). Sob essa ótica, não se pode concordar que a expressão Deus seja louvado enquanto posta na cédula do Real ofenda o ateu, que - como todo cidadão de um Estado democrático de direito - deve tolerar e respeitar a crença alheia e a exposição pública às manifestações e aos simbolismos religiosos.

PRECEDENTE ACERCA DO USO DE CRUCIFIXOS NAS DEPENDÊNCIAS DE ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIOS: o Conselho Nacional de Justiça, por maioria, no julgamento de quatro pedidos de providência (1344, 1345, 1346 e 1362), em 6/6/2007, entendeu que a manutenção de um *crucifixo* numa sala de audiência não torna o Estado clerical e nem ofende interesse público. A **MOEDA:** sempre foi fonte notável de informações históricas porque a sua confecção - iniciada com a cunhagem em cobre, prata e ouro - permitiu às pessoas de seu tempo e à posteridade o conhecimento de aspectos políticos, econômicos e culturais, assim como permitiu, em favor das gerações posteriores, conhecer alguns procedimentos tecnológicos do passado; os lançamentos e inscrições postos na moeda refletem um povo, sua história, seus costumes. Assim, a moeda acaba por expressar fatos relevantes para esse povo, sem exclusividade. O **CONSTITUINTE DE 1988:** diante da vocação religiosa da população brasileira, foi o próprio Constituinte que resolveu invocar - mais uma vez - a proteção de Deus no preâmbulo da Constituição atual, assim refundando o Estado brasileiro pós-ditadura militar sob os auspícios divinos, ainda que tenha sido mantido o Estado laico no art. 19, inciso I, da Constituição Federal.

INDEFERIMENTO DO PLEITO MINISTERIAL: referência à divindade - seja no preâmbulo da Constituição, seja nas cédulas monetárias - tem raízes na História brasileira e nos costumes de nosso povo; não é uma afronta a qualquer culto ou religião em particular; menos ainda é um acinte contra os brasileiros que se declaram ateus. Essa prática de referir-se ou dirigir-se a uma divindade - genericamente tratada como Deus - alcançava 73,6% dos brasileiros em 2016. E está longe de trazer ofensa aos cerca de 8,00% que se dizem sem religião.

SENTENÇA DE IMPROCEDENCIA MANTIDA. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO. (TRF3, SEXTA TURMA, unânime. Acórdão Número 0019890-16.2012.4.03.6100. ApelRemNec 1891300. Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO. Data: 14/12/2017; Fonte da publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/12/2017)

Podemos concluir, então, diante destas ponderações e dos precedentes do C. STF, do CNJ e desta Corte Regional Federal, que a própria ordem constitucional emanada diretamente Lei Maior pode nos fornecer, de uma maneira geral, os seguintes limites para a manifestação individual de consciência e de crença no âmbito do espaço público, conjuntamente considerados:

- devem ser preservados os interesses do serviço público, evitando-se, assim, que de qualquer modo venham a ser afetados de maneira prejudicial;

- deve haver respeito aos direitos dos demais servidores e usuários do serviço público em geral, que não podem ser coagidos ou constrangidos a aquiescerem com a fé manifestada, sendo ressalvada a possibilidade de que, uma vez resguardado este pressuposto de conduta ética respeitosa e tolerante, os servidores visem o proselitismo, pois na verdade é da própria essência das crenças em geral tal prática de pregar os fundamentos de sua fé para conduzir outras pessoas a seguirem o mesmo caminho de fé que consideram o melhor para suas vidas; e

- deve ser observado o princípio constitucional da razoabilidade, para coibir eventuais atitudes abusivas, constrangedoras, que de alguma forma resultem em desvirtuamento dos fins do espaço público ou que resultem em induzimento forçado das pessoas a se submeterem a determinada crença.

Desde que observados tais aspectos limitadores de ordem geral, não se entremostra qualquer impedimento de ordem constitucional que impeça a coexistência harmônica dos citados valores fundamentais.

E qualquer norma inferior, legal ou infralegal, ou qualquer conduta neste país (estatal ou particular), que disponha em sentido contrário importa em afronta à garantia constitucional, patenteando-se como ilegítima e devendo ser coartada pelos próprios poderes estatais, a quem incumbe, *ultima ratio*, a defesa destas mesmas garantias fundamentais dos cidadãos.

Fixadas estas premissas, veremos nos itens a seguir que o caso dos autos evidencia situação que reclama uma intervenção do Judiciário para equilibrar os princípios constitucionais postos em conflito.

II.B.3.1 - Do exame do caso concreto - A compatibilização dos valores constitucionais em confronto, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade

Registro que, em meu entender, a questão controvertida nesta ação - sobre a possibilidade ou não, diante do princípio da laicidade do Estado, de algum servidor público exercer sua fé mediante atos exteriores, mesmo durante o exercício de suas funções e no espaço público em que trabalha - traz em si uma profunda relevância jurídica e social, por envolver um tema das garantias constitucionais carregado de grande importância para uma porção absolutamente majoritária de nosso país que abraça alguma religião (especialmente, no caso, a fé cristã), podendo em seus reflexos afetar toda a população do país de uma maneira ou outra, além de ter o potencial de refletir-se em múltiplos casos análogos, trazendo em si a força de um julgamento paradigmático que lance as luzes sobre esta específica temática e que pode até servir como orientação para reflexão sobre regras de conduta de servidores em órgãos públicos ou mesmo servir como uma base sobre a qual outras decisões do Judiciário podem se haurir para debater e firmar suas conclusões, embora neste julgamento se trate apenas do caso envolvendo a autora e a UFMS, com suas peculiaridades fáticas, conforme relatado.

Passo ao exame dos fatos.

E nesse ponto, aplicando os supra expostos fundamentos conceituais e interpretativos à lide aqui julgada, o exame atento dos autos mostra que, a despeito da previsão constitucional da liberdade de crença e de manifestação, bem como, a despeito da inexistência de qualquer expressa norma constitucional, e nem legal (ou mesmo infralegal), que traga linhas de regulamentação da conduta de servidores no serviço público à luz do debate constitucional mencionado, repito, a despeito da absoluta ausência de qualquer explícita regulamentação desse tema relativo à garantia fundamental, instaurou-se na UFMS, Câmpus de Corumbá, uma substancial e indevida restrição à liberdade de crença da servidora autora.

E na verdade, por uma notória incapacidade de harmonização dos interesses contrapostos, de uma, de outra ou de ambas as partes, a situação foi progressivamente ganhando relevância e agravamento, gerando grande pressão dos superiores sobre a servidora de modo a tentar induzi-la a deixar de expressar sua crença em seus comunicados internos da Universidade, o que era feito sob a simples forma de neles fazer inserir a transcrição de um único versículo bíblico em cada comunicado ou, mesmo, por ter afixado em seu ambiente de trabalho um quadro com a transcrição dos “10 Mandamentos”, conteúdo amplamente conhecido de todos por fazer referência à Lei de Deus nos escritos da Bíblia.

Esta ilegítima restrição à liberdade de manifestação da fé da servidora se deu ao entendimento da direção e da reitoria daquela instituição federal de educação no sentido de que tal conduta da servidora ofenderia o princípio da laicidade do Estado, de forma que o princípio geral da impessoalidade da Administração Pública exigiria a ausência de qualquer

manifestação considerada como pessoal dos servidores, de natureza religiosa, filosófica, etc., e assim, a conduta da servidora estaria violando o interesse público e estaria sujeita a punição administrativa.

E este posicionamento da direção da UFMS foi ao extremismo, a ponto de tentar impor seu “pessoal” posicionamento à servidora, ao que se conclui dos fatos tendo ela sido eleita como um perigoso foco de insurgência à sua autoridade naquela instituição, passando a se adotar mais rígidas ações internas como forma de compelir a autora a obedecê-la, tentando induzi-la a conformar-se com aquela determinação de “deixar de inserir as citações bíblicas em suas comunicações internas da UFMS”.

Repise-se aqui que este posicionamento estava fundado apenas no “pessoal” entendimento daquela direção da UFMS, posto que, conforme já assentado nos itens precedentes deste Voto, *não havia, como até hoje, passados cerca de 9 anos, continua a não haver, qualquer norma legal que lhe desse amparo e legitimidade e, ainda mais, tal posição calcava-se na sua “pessoal” interpretação a respeito do conceito de laicidade estatal em conflito com a liberdade de crença, posição que, como demonstrado acima, destoa por completo das previsões do direito universal, das garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 e daquilo que foi assentado nos julgamentos do Colendo Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação constitucional adequada acerca deste binômio Laicidade Estatal x Liberdade de Religião-Crença-Fé.*

A posição da direção da UFMS, portanto, era totalmente ilegítima em termos conceituais teóricos e, ainda mais, gravemente ilegítima pela forma como se tentou forçar a autora, uma servidora que lhe estava subordinada, a renunciar ou abster-se de um direito fundamental de sua personalidade, através de graves pressões internas em razão de ameaça de punições administrativas que, afinal, se confirmaram várias vezes e, inclusive, em processos administrativos marcados por vícios procedimentais e ofensivos às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, como algumas vezes a própria administração da UFMS foi obrigada a reconhecer.

A servidora, sentindo-se afrontada em seu direito fundamental de liberdade de crença e de manifestação do pensamento, resistiu àquelas que considerou inconstitucionais determinações da sua chefia e da direção da Universidade, em todo tempo firmando-se na garantia constitucional protetiva da sua personalidade e na inexistência de norma que pudesse restringi-la da forma pretendida.

E esta resistência foi legítima, hábil e adequada, pela única forma que uma servidora, de grau hierárquico inferior, sozinha em sua disputa com a direção superior da UFMS, poderia efetivar para tentar fazer valer sua garantia fundamental de fé, quando se viu incapaz de superar a oposição no âmbito interno da UFMS:

(i) levou a conhecimento público a situação do confronto de religião a que estava exposta em seu local de trabalho, através de notícias e reportagens na mídia eletrônica e em jornais impressos da localidade; bem como,

(ii) após a primeira punição administrativa, fez representações perante o Ministério Público Federal - MPF e Ministério Público do Trabalho - MPT sobre questões de irregularidades internas da UFMS, bem como, pediu apoio da OAB-MS em defesa de seu direito fundamental, tendo a Ordem dos Advogados, inclusive, emitido Parecer em apoio à servidora, em razão da indevida restrição à sua liberdade religiosa (fls. 809-811);

(iii) após ser punida nos dois primeiros processos administrativos instaurados, denunciou vícios procedimentais e pediu nova intervenção à OAB-MS para tentar corrigir os desmandos

denunciados, obtendo inclusive uma manifestação da OAB confirmando tais vícios e solicitando informações à Reitoria da UFMS e ao MPF (fls. 482-486).

Os superiores da autora, então, ante a sua resistência em cumprir suas determinações apesar de todas as pressões no âmbito interno e sentindo-se ainda mais afrontados em sua autoridade pelos questionamentos externos àquela situação, acabaram por levar ao extremo sua exigência ao *instaurar contra ela, em menos de 5 meses, nada menos do que três processos administrativos disciplinares*.

Esse relato dos aspectos essenciais dos fatos aqui controvertidos pode ser muito bem conferido do seguinte breve resumo destes processos administrativos movidos contra a autora.

Com efeito, conforme a documentação juntada aos autos (vide relato de fls. 869 e ss.), foram instaurados 3 (três) processos administrativos disciplinares contra a servidora:

PAD nº 23104.006441/2010-32 (fls. 135 - 225) - instaurado pela *Portaria nº 513, de 30.08.2010, da Reitoria da UFMS*, por supostas infrações ao artigo 116, incisos II, III, IV e VIII, da Lei nº 8.112/1990, sem indicação dos fatos a serem apurados (fl. 160), mas instaurado como decorrência de requerimento apresentado pelo Diretor do Campus do Pantanal para apurar a suposta responsabilidade da servidora por *ofensa à imagem e à honra objetiva da UFMS, que seria decorrente da exposição midiática de denúncias a meios de comunicação local sobre a intolerância religiosa a que estaria exposta em seu local de trabalho e requerimento junto ao MPT- Ministério Público do Trabalho acerca dos malefícios pelo uso de copos plásticos descartáveis* (fls. 135 - 159), que resultou em *aplicação de pena de advertência aos 26.10.2010*; Em sua decisão final (fls. 217-221), a Reitoria da UFMS concluiu que a servidora teria abusado de sua liberdade de manifestação ao expor à imprensa escrita ou eletrônica a sua versão dos fatos “...para tentar impor um ponto de vista e um padrão de comportamento (citações bíblicas em documentos oficiais)”, o que teria ocorrido em detrimento da imagem e honra da UFMS, assentando que “*inexiste, pois, discriminação religiosa no presente caso concreto*”, e sim “*uma tentativa da servidora aplicar a vitimologia, invertendo a situação...*”, sendo pois, essa conduta passível de punição disciplinar;

PAD nº 23104.008582/2010-90 (fls. 27-134) - instaurado pela *Portaria nº 701, de 05.11.2010, da Reitoria da UFMS*, por supostas infrações ao artigo 116, incisos II, III, IV e VIII, e artigo 117, da Lei nº 8.112/1990, sem indicação dos fatos a serem apurados (fls. 35), mas provocado por requerimento de sua instauração apresentado pelo Diretor do Campus do Pantanal que se entendeu como vítima de denúncia caluniosa praticada pela servidora ao fazer “denúncias caluniosas, infundadas e sensacionalistas junto à mídia” eletrônica e impressa ali indicadas, nas quais a servidora relatava ser vítima de intolerância religiosa naquela instituição (fls. 27-34); houve tramitação inicial com relatório da comissão processante sugerindo a aplicação de penalidade de suspensão (fls. 351-355, 368 e 371), que foi acolhida pela decisão final, aplicando pena de suspensão de 20 dias. Ao que se infere dos autos, após reclamação de vícios procedimentais junto à OAB-MS, a punição foi anulada e o processo restaurado, mas *afinal foi aplicada uma penalidade de suspensão ainda maior, pelo prazo de 30 (trinta) dias, conforme documento juntado a fls. 516, de 24.08.2012*;

PAD nº 23104.001993/2011-35 (há cópias dispersas, não integrais, juntadas em algumas partes do processo: fls. 226-310, fls. 799-862; e fls. 929-940) - Esse PAD estava em tramitação quando do ajuizamento desta ação aos 07.02.2012. Pelos docs. juntados, pode-se inferir de fl. 301 que a instauração se deu por provocação através de uma Comunicação Interna (CI nº 366, de 21.12.2010, a fl. 808), requerimento apresentado também pelo Diretor do Campus do Pantanal, a qual foi enviada ao Reitor da UFMS, originando a instauração do PAD através

da Portaria nº 265, de 11.04.2011, da Reitoria da UFMS (peça não localizada nos autos), pelos seguintes fatos descritos no Relatório final (fl. 929): 1 - “que denuncia o Diretor do Câmpus do Pantanal à OAB-MS”; 2 - “que não respeita e não acata a orientação da Chefia imediata”; 3 - que continua usando citações bíblicas em documentos oficiais”; 4 - “que acusa o Diretor do Câmpus de apossar de patrimônio (muraís) para coloca-los no corredor da recepção, usados para divulgar informações da Secretaria Acadêmica do CPAN, e finalmente que causa desarmonia e instabilidade junto aos colegas no seu local de trabalho”. Houve tramitação inicial com decisão de aplicação de pena de suspensão de 20 dias, 5 dias para cada uma das 4 infrações consideradas, punição ocorrida em 12.09.2011 (decisão a fls. 301-305 e 812-816); Posteriormente, infere-se dos autos que foi reconhecida nulidade procedimental, constituída nova comissão processante, a qual, após seus trabalhos, concluiu pela inexistência de infrações a serem sancionadas, considerando que a servidora agiu sob a regra constitucional da liberdade de expressão, não havendo proibição explícita à inserção de citações de cunho religioso ou menções de textos bíblicos, também expondo que a atitude da servidora não gerou despesas para a União, que as testemunhas consideram que a servidora desempenha suas funções adequadamente e tampouco se sentem ofendidas pelas citações bíblicas referidas nos autos (fls. 831-832); Pareceres jurídicos da Procuradoria Federal da AGU junto àquela UFMS, em abril de 2017, sugeriu que o processo retornasse à comissão processante para nova manifestação, à vista de que na apuração teria havido nulidade por falta de notificação da servidora para acompanhar os depoimentos de testemunhas e que, na ocasião, a sentença de primeira instância proferida neste processo judicial havia considerado que a conduta violava princípios constitucionais, além de que a servidora continuava, até então, com sua conduta de fazer citações bíblicas em suas C.I.s (fls. 836-841 e 849-850); Sem decisão a respeito, o Reitor expediu nova Portaria para constituir a mesma comissão processante para conclusão dos trabalhos (fls. 851); os membros indicados declararam-se suspeitos em razão da situação exposta (fl. 852), mas a Reitoria recusou a alegação e os manteve na Comissão (fl. 853); os membros designados novamente manifestaram sua suspeição por motivo de foro íntimo, à vista de que já haviam concluído pela inexistência de fatos ilícitos da servidora que pudessem ser punidos, pedindo a designação de novos membros para a determinada conclusão dos trabalhos (fls. 854-855), o que foi indeferido ao entendimento de que se trataria apenas de complemento dos trabalhos iniciais que teriam sido incompletos por apurar apenas o fato de citações bíblicas nas CIs da servidora e que não teria sido feito o indiciamento da servidora (fls. 856); Diante disso, a Comissão Processante, após novas diligências, realizou o determinado indiciamento da servidora pelos 4 fatos, consignando, porém, que considerava inócurre qualquer infração pelos fatos apurados (fls. 896-899) e apresentou novo relatório final confirmando a sugestão de arquivamento do PAD por não ter apurado qualquer infração (fls. 929-931); A autoridade julgadora (o Magnífico Reitor da UFMS), então, proferiu decisão no seguinte sentido: (i) acolher a sugestão de arquivamento do PAD, emitindo Portaria de arquivamento respetiva; (ii) quanto às citações bíblicas, ponderou a existência da sentença judicial considerando irregular a conduta e determinou “encaminhar-se cópia da sentença à Secretaria Especial de Órgãos Colegiados - SEORC, para análise quanto à pertinência de fazer constar no Manual de Correspondência da UFMS, proibindo as citações de cunho religioso, filosófico, poético, etc., nos documentos institucionais.”; e, por fim, (iii) também com fundamento na citada sentença, determinou que a servidora “não faça as citações bíblicas em documentos públicos da UFMS” (fls. 932-940).

Daí se extrai que todos os fatos imputados nestes processos administrativos à autora são decorrentes exclusivamente da persistência da autora em exercer sua garantia fundamental de livre manifestação da sua crença - através daquela simples prática de transcrever um versículo

bíblico quando expedia algum comunicado interno daquela UFMS -, deixando de acatar as ordens de sua chefia quanto a essa questão religiosa; todo o mais é mero reflexo desse conflito interno, consistente nas ações da autora na busca de auxílio externo na sua luta contra a perseguição religiosa a que estava exposta, como as notícias à imprensa e representações a órgãos públicos como o Ministério Público e a OAB-MS.

Da leitura de todas as instaurações dos procedimentos disciplinares, das diligências de instrução, depoimentos, relatórios das comissões, pareceres jurídicos e decisões dos procedimentos punitivos se extrai claramente que o tema central de todas as apurações de infrações administrativas foi um único e principal: a prática de fazer citações bíblicas em comunicados internos da UFMS, que causou tanto incômodo à alta direção daquela instituição.

A partir daí, a autora foi punida administrativamente, nos dois primeiros PAD's, pelas citações bíblicas mencionadas, por descumprir as ordens de seus superiores para deixar de fazê-lo e, por fim, por buscar o auxílio externo da imprensa e de órgãos públicos (MPF e OAB-MS) em defesa de sua liberdade religiosa, atos que foram considerados afrontosos à honra de seus superiores, à imagem e honra objetiva da UFMS e atentadora de supostos interesses públicos em que as questões somente deveriam ser tratadas internamente, com discrição, sem exposição questionadora daquela instituição federal de ensino público.

Ora, a simples leitura dos documentos e destas circunstâncias procedimentais e meritórias conduz qualquer leitor ou profissional da área jurídica que esteja minimamente interessado em averiguar de forma isenta a regularidade formal de todos estes procedimentos, a questionar seriamente a legitimidade dos processos disciplinares após a constatação de várias violações das regras procedimentais que garantiriam o constitucional e substancial devido processo legal, que acarretaram várias anulações de procedimentos, repetições de diligências e fases procedimentais etc.

Contudo, o que causa ainda maior estranheza e repúdio é encontrar punições administrativas de uma servidora pública pelo fato de haver inserido um versículo bíblico num comunicado interno sem a existência de qualquer norma legal proibitiva nesse sentido, ou mesmo, a punição da servidora por suposta ofensa à imagem e honra da instituição e de seus superiores pelo fato de ter noticiado toda aquela situação à imprensa ou aos órgãos públicos capacitados constitucionalmente para a defesa de direitos fundamentais (o MPF e a OAB).

No regime de Estado de Direito em que vivemos, em que a Constituição Federal assegura liberdade religiosa a todas as pessoas e em que a administração pública deve pautar-se por princípios gerais de legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, etc. (CF/88, art. 37, *caput*), é estarrecedor, fuge de qualquer senso de bom senso e razoabilidade, encontrar uma Universidade, instituição pública federal de ensino que deveria zelar pela tolerância e busca mesmo da diversidade de pensamentos para chegar ao conhecimento mais amplo e profundo em qualquer área de estudos, mas que acaba concentrando seus esforços acadêmicos num sentido diametralmente oposto, aplicando sanções administrativas disciplinares a uma servidora porque legitimamente estava buscando a defesa daqueles que considerava como seus direitos inalienáveis ou que levava a órgãos públicos legalmente competentes notícias de possíveis ilicitudes que mereceriam apuração.

A própria moralidade pública é seriamente violada por estes fatos violadores dos direitos da servidora, pela gravidade das ilícitas determinações recebidas de seus superiores, pelo constrangimento a que foi exposta, pela violação das regras legais procedimentais do processo administrativo disciplinar, pelo desvirtuamento do interesse público e dos princípios constitucionais que regem a própria administração pública.

E, registre-se também, que a prática tão perseguida pela alta direção da UFMS - inserir um versículo bíblico em correspondências internas da instituição de ensino - na verdade caracteriza uma clara manifestação histórica e cultural da sociedade brasileira, que nunca pode qualificar-se como violadora da laicidade estatal.

Com efeito, é notório que muitos juristas, filósofos e profissionais ligados a muitas áreas do ensino, das artes, das letras, da história, das ciências e muitas outras, ou outras pessoas que simplesmente estimam e buscam o conhecimento, o pensamento em geral, cultivam a prática de colecionar e compartilhar frases que sintetizam algum aspecto de conhecimento em especial, citando seus respectivos autores.

Elaboram-se citações de certos pensamentos para ampla gama de finalidades; são frases que condensam excertos de sabedoria, crítica social, sensibilidade, humanidade, estímulos os mais diversos, enfim, citações que servem para ilustrar as situações e iluminar as mentes daqueles que recebem suas mensagens, um estímulo dos receptores da mensagem à reflexão sobre uma questão qualquer.

Assim, transcrições de versículos da Bíblia Sagrada carregam em si o mesmo significado cultural que citações de frases de outros grandes pensadores, juristas, filósofos, políticos, cientistas ou líderes espirituais de outras religiões e crenças como budismo, kardecismo etc.

Nesta condição de expressões essencialmente culturais, as transcrições bíblicas da servidora autora desta ação, assim como qualquer outra desta natureza, não podem qualificar-se como violadoras do princípio da laicidade estatal, pois não trazem em si qualquer conotação ou efeito de objetivamente constranger qualquer pessoa em sua liberdade religiosa.

E registre-se ainda, por fim, que os fatos que foram objeto dos três processos administrativos movidos contra a autora, dois dos quais que resultaram em aplicação de penalidades, de nenhuma maneira podem configurar, objetivamente, violações a quaisquer dos preceitos legais indicados nas instaurações e nas decisões sancionatórias acima descritas. Esta objetiva atipicidade, por si só, impõe a anulação de todas as penas aplicadas à servidora.

É de se ressaltar que os fatos que geraram as punições disciplinares nos dois primeiros PAD's foram os mesmos que constituíram o objeto do terceiro PAD's instaurado contra a autora (este último ampliado pela consideração de supostas infrações funcionais por haver a servidora feito denúncia do Diretor do Câmpus a autoridades competentes ou que ela estivesse causando desarmonia no ambiente de trabalho) e, após decorridos quase 9 (nove) anos de tramitação, este último PAD conclui, após exaustivas diligências, anulações e repetições de atos de instrução, pela absoluta ausência de quaisquer das supostas infrações consideradas, ressaltando a comissão processante que a servidora sempre agiu legitimamente na defesa de sua liberdade de fé, sempre desempenhando adequadamente suas funções, nunca causando prejuízo para o interesse público, tendo sempre bom ambiente e relacionamento com os demais servidores, estes últimos, aliás, ouvidos como testemunhas de todos estes fatos, consignaram nunca terem se sentido de qualquer modo incomodados com a prática da autora de fazer citações bíblicas em comunicados, ou seja, nunca foram de qualquer modo coagidos ou constrangidos pela conduta da autora, que sempre agiu nos limites da sua liberdade fundamental de crença.

E esse terceiro PAD foi arquivado, acolhendo as conclusões da comissão processante, sem aplicação de qualquer sanção disciplinar.

E isso evidencia, ainda mais, a absoluta falta de fundamento para as punições impostas nos dois primeiros processos administrativos.

O que se conclui após esta análise é que a direção da UFMS lamentavelmente se excedeu em muito nas suas prerrogativas funcionais, ofendendo os princípios da impessoalidade e da legalidade ao tentar impor suas próprias convicções a respeito de laicidade estatal e liberdade de religião sem que estivesse amparada por qualquer norma legal, a partir daí conduzindo a situação com a servidora de modo absolutamente insensato, desarrazoado e desproporcional aos fatos em cogitação, pautando-se com uma clara inabilidade no trato com a servidora e inobservância do dever de tolerância para com a liberdade religiosa assegurada nesse país a todas as pessoas, sem exceções.

Não estou exagerando na minha análise, que faço após profunda e cautelosa reflexão dos fatos que exsurtem destes autos e nos valores envolvidos no conflito aqui tratado. Note-se que o abuso foi tão evidente que a autoridade julgadora, ao mesmo tempo em que determinou o arquivamento do PAD por falta de infrações puníveis, não se fez de rogada e, é de se indignar, *consignou, ao final de sua decisão, mais uma ordem para que a autora deixasse de inserir textos bíblicos nos seus comunicados internos*, ou seja, prosseguiu na mesma exigência ilegítima em face da servidora, embora o resultado de arquivamento do PAD importe em reconhecer que a conduta da servidora era perfeitamente legítima e que não havia qualquer norma jurídica que pudesse amparar aquela ordem (tanto que determinou envio de recomendação de estudos sobre a conveniência ou não de se incluir em um Manual de Correspondências da própria UFMS alguma restrição naquele sentido), evidenciando assim a contradição em sua própria manifestação e abuso na sua postura oficial no comando daquela instituição de ensino.

Enfim, todas as punições aplicadas à servidora são absolutamente desprovidas de amparo legal e flagrantemente violadoras de muitos princípios constitucionais: legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, liberdade fundamental de crença, direito de qualquer pessoa denunciar possíveis irregularidades a órgãos públicos, razoabilidade e proporcionalidade.

Em conclusão, todas as punições aplicadas à autora nestes PAD's devem ser anuladas e extirpadas de seus registros funcionais, por serem absolutamente desprovidas de fundamentação legítima.

II.C - Do pedido de danos morais

Definida a questão sobre a efetiva ocorrência de conduta ilegítima da UFMS contra a liberdade religiosa da servidora autora, cumpre examinar o pedido de indenização da autora por danos morais.

A Constituição Federal assegura a indenização por danos materiais e/ou morais decorrentes de violação à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (CF/1988, art. 5º, inciso X).

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Como se sabe das clássicas lições da civilística, a configuração da responsabilidade civil (seja patrimonial, seja extrapatrimonial), demanda a presença concomitante de (1) conduta (ação ou omissão), (2) dano a direito de alguém, (3) nexo de causalidade entre um e outro e (4)

culpa (*lato sensu*, englobando o dolo e a culpa *stricto sensu*, esta decorrente de negligência, imprudência ou imperícia), no caso da responsabilidade subjetiva, que é a regra.

A responsabilidade é excluída pela ausência de nexo de causalidade, como nas situações de força maior ou culpa exclusiva de terceiro ou da vítima. E é atenuada nos casos de culpa concorrente da vítima.

Os danos materiais referem-se aos aspectos de natureza patrimonial decorrentes da lesão sofrida.

Quanto aos danos morais, como é sabido, tradicionalmente está associado à dor e ao sofrimento da vítima; nesse sentido, é necessário que fique comprovado sofrimento emocional ou social, capaz de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Meros aborrecimentos ou dissabores estão fora de referido conceito, por expressarem fatos comuns do relacionamento social.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que fugindo da normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem estar. Mero, dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

(STJ - Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO - RESP 200600946957 - 4ª TURMA)

DIREITO PRIVADO. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. ALEGAÇÃO DE SAQUE INDEVIDO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE FRAUDE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

I - Relevantes elementos que dão suporte à tese da CEF quanto a terem os saques no caso sido realizados com o cartão magnético e respectiva senha do autor e sem que pudesse este ter sido vítima de qualquer ilicitude de responsabilidade imputável à instituição bancária.

II - Dano moral não configurado.

III - Recurso desprovido.

(TRF3 - AC 2010.61.04.003867-7/SP - 2ª Turma, Relator Des. Fed. Peixoto Júnior, v.u., j. em 27.11.12, DJU 07.12.12).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. SAQUE INDEVIDO EM POUPANÇA.

1. Reconhecida a existência de falha na prestação do serviço bancário, decorrente de indevidos saques na conta poupança da autora, porém não houve pedido para ressarcimento de danos materiais sofridos, por certo diante da recomposição efetuada na conta pela própria requerida, certo que o pedido deve ser interpretado restritivamente.

2. Dano moral afastado tendo em vista que o dissabor não é suficiente para sua caracterização.

3. Apelação da autora improvida.

(TRF 3ª Região, Segunda Turma, AC 1402056, Rel. Juiz Roberto Jeuken, DJF3 03.09.2009, p. 55, unânime)

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUE INDEVIDO EM CONTA POUPANÇA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS.

1. A questão posta diz respeito à possibilidade de se imputar responsabilidade à CEF, em virtude de saques efetuados na conta poupança da Autora, que, segundo alega, não foram realizados por ela, muito embora, como ressalta a instituição financeira, foram feitos mediante utilização de cartão magnético, em caixa eletrônico, e com emprego de senha pessoal.

2. A CEF, apesar de pugnar pelo não provimento da apelação, não refuta a narrativa fática contida na inicial, respaldada nos documentos juntados aos autos, de que, no dia e hora em

que efetuado o saque indevido, a Autora encontrava-se trabalhando em cidade diversa de onde sucedeu a operação bancária.

3. Tornando-se incontroverso o fato de que o saque ocorreu em cidade diversa de onde a Autora se encontrava quando da operação, deverá a instituição financeira responder pelo dano material decorrente.

4. De outra banda, o simples saque indevido (R\$ 1.000,00) não é suficiente para ensejar a indenização por danos morais, pois não caracterizado constrangimento ou humilhação em decorrência do fato, por maior que tenha sido o incômodo causado ao poupador.

5. Dá-se parcial provimento à apelação, para condenar a CEF a devolver o valor indevidamente sacado da conta da Autora/Apelante (R\$ 1.000,00), devidamente atualizado desde o evento danoso, passando a sucumbência a ser recíproca.

(TRF - PRIMEIRA REGIÃO - AC 200633100047740 - Rel. DES. FEDERAL DAVID WILSON DE ABREU PARDO - e-DJF1 DATA:12/01/2009 PAGINA:51)

Esse paradigma, no entanto, vem sendo progressivamente superado. Evidência disso são as hipóteses, que têm sido admitidas, dos danos morais sofridos pelas pessoas naturais impassíveis de detrimento anímico (como nascituros, etc.), pelas pessoas jurídicas e demais entes ou grupos despersonalizados da coletividade.

Em verdade, até mesmo para as pessoas naturais que sofrem e padecem de dor, tais elementos já vêm sendo deixados ao largo, sendo que o esquadrihar dos danos morais tem tomado como parâmetro, na doutrina mais moderna, a *violação aos direitos da personalidade*.

Nesse contexto, há de se examinar a existência de *lesão relevante*, ou ainda a *violação injusta e intolerável* da conduta apontada no caso concreto.

O valor da indenização por danos morais deve ser arbitrado pelo juiz, no exame das circunstâncias do caso concreto, à vista da natureza, gravidade e extensão dos danos causados aos direitos da vítima, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, objetivando uma adequada reparação (compensação) dos valores morais violados e evitando enriquecimento ilícito por parte da vítima.

Nesse sentido:

A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor o negócio. Há de orientar-se, o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência com razoabilidade, valendo-se de suas experiências e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso.

(STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in RT 776/195)

PROCESSO CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. INCLUSÃO INDEVIDA EM REGISTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CONSTRANGIMENTO PREVISÍVEL DÉBITO QUITADO. INDENIZAÇÃO. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO. (...)

2. Consoante jurisprudência firmada nesta Corte, o dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito, “independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrido pelo autor, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento” (Resp. 110.091/MG, Rel. Min. ALDIR

PASSARINHO JÚNIOR, DJ 28.08.00; REsp. 196.824, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, DJ 02.08.99; REsp. 323.356/SC, Rel. Min. ANTONIO PÁDUA RIBEIRO, DJ. 11.06.2002). 3.(...).

(STJ, RESP 724304, 4ª TURMA, Rel. Jorge Scartezzini, DJ 12/09/2005, p. 343)

Colocados estes pressupostos de análise do dano moral, temos que todas as considerações supra expostas na análise do caso concreto caracterizam, inegavelmente, a efetiva violação da liberdade religiosa da servidora, autora desta ação.

E há de se reconhecer que a lesão dos direitos da vítima foi grave e de grande monta, pois as provas dos autos, especialmente as cópias dos 3 (três) processos administrativos instaurados contra a servidora, revelam as circunstâncias nas quais ela sofreu enorme pressão contrária ao seu livre exercício dos direitos fundamentais de crença e manifestação do pensamento em seu local de trabalho diário, pressão esta advinda não apenas de sua chefia imediata, como também da alta direção - reitoria - daquela instituição.

A conduta ilícita foi tão grave que a servidora, sentindo-se violada em suas garantias constitucionais de crença e livre expressão do pensamento, não teve outra alternativa senão tentar obter apoio em instituições externas, como a imprensa, a OAB-MS e o MPF-MS, na tentativa de fazer cessar o ilícito constrangimento a que estava sendo exposta.

E foram tão graves os ataques aos seus direitos fundamentais que foi vítima da instauração de três processos administrativos disciplinares que objetivavam única e exclusivamente forçar a autora a abdicar de seu direito fundamental, sem qualquer amparo em normas legais e que chegaram à impensada e abusiva punição disciplinar pelo fato da servidora haver buscado apoio aos seus direitos nas mencionadas instituições externas.

A grande extensão dos danos se extrai também pela constatação de que os processos administrativos foram sendo instaurados, um após o outro, em apenas alguns meses, e cada vez buscando agravar as supostas condutas infracionais da servidora com vistas, logicamente, a conduzir até à imposição de pena de demissão do serviço público. Chegou-se à pena de suspensão por 30 (trinta) dias com prejuízo total de seus vencimentos e, reforce-se, todos tendo como objeto central a questão do direito da autora em exercer sua liberdade religiosa e buscar apoio em instituições públicas legitimamente constituídas pela Constituição Federal para a tutela da efetivação de direitos fundamentais.

E não é só. A gravidade e extensão dos danos também pode ser extraída do grande período de tempo a que ficou exposta a servidora aos ilícitos constrangimentos de seus direitos fundamentais, pois o terceiro processo administrativo somente veio a ser julgado aos 30.07.2018, quando, nada menos do que quase 8 (oito) anos após a sua instauração, apesar de a decisão haver determinado o arquivamento ao acolher o parecer da comissão processante (o qual, inclusive, foi diversas vezes reiterado naquele procedimento, no sentido de que não havia qualquer ilícito funcional na conduta da servidora, que não havia qualquer norma legal a impor conduta diversa dos servidores, que apenas havia razoavelmente exercido sua crença, sempre desempenhou bem o serviço público que lhe era incumbido e nunca gerou qualquer tipo de constrangimento para com os demais servidores ou terceiros), contrariamente ainda reiterou a autoridade julgadora a ordem ilícita de que a servidora deveria se abster de proceder a qualquer citação bíblica em seus comunicados internos, daí se antevendo que a ilicitude da conduta da UFMS não foi obstada, mas reiterada e reforçada apesar do arquivamento do processo administrativo disciplinar.

Também é de se ponderar o fato de que, no início dos conflitos internos, a servidora

ocupava uma função de confiança, sendo que, certamente premida pelas circunstâncias geradas pela chefia na exigência de se abster de proceder a quaisquer citações bíblicas em seus comunicados internos, se viu a autora na contingência de colocar à disposição da chefia sua função de confiança como forma para não gerar ainda maiores conflitos, perdendo, então, os respectivos reflexos remuneratórios e perspectiva de ascensão profissional na instituição.

E, certamente, esta situação funcional da autora deve ter-se refletido, também, no seu isolamento do restante do corpo de servidores, como sói ocorrer em situações da espécie.

Por fim, a gravidade dos danos sofridos pela servidora são tão mais graves em consideração à origem das intransigências sofridas em seus direitos constitucionais, pois os ataques provieram da direção de uma instituição pública federal de ensino, uma instituição que por natureza devia zelar pela liberdade intelectual e pela busca e tolerância da diversidade de conhecimentos, pensamentos e orientações sociais, acarretando sua conduta a quebra de seus próprios fins institucionais.

Todas estas circunstâncias fáticas, portanto, exprimem o grande sofrimento à personalidade, à honra e à imagem da autora, vendo-se violentada em seus direitos fundamentais, com a angústia gerada já há cerca de 9 (nove) anos, não só pelo ataque à sua personalidade, mas, também, pela frustração remuneratória e de suas justas perspectivas de um sadio ambiente de trabalho e de ascensão profissional.

Demonstrado o dano moral sofrido pela parte autora, bem como o nexo causal entre a conduta ilícita da chefia e alta direção da UFMS e o prejuízo suportado, mostra-se devida a condenação da UFMS no montante pleiteado pela autora, qual seja, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na data dos fatos (considerando aqui o dia de instauração do primeiro processo administrativo disciplinar contra a autora), valor este que considero razoável, proporcional e adequado para a reparação dos profundos e extensos danos morais constatados. Incidem correção monetária e juros moratórios desde a data do dano, conforme Súmulas 54 e 362 do STJ, aplicados conforme critérios do Manual de Cálculos da Justiça Federal vigente à época da liquidação.

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Procedente a ação, condeno a ré UFMS ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação, com fundamento no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973 (atual artigo 85, § 3º, I, do Código de Processo Civil de 2015), considerando a natureza especial e complexidade da causa relacionada com direitos fundamentais da pessoa humana, o grande tempo despendido e o bom trabalho desenvolvido na defesa da autora, valor que considero razoável e adequado à digna remuneração do trabalho do causídico.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto de no sentido de se *CONCEDER à autora os benefícios da assistência judiciária gratuita, bem como, DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO da autora*, para o fim de julgar a ação procedente, anulando as sanções disciplinares aplicadas nos processos administrativos objeto da presente ação, bem como, condenando a ré UFMS ao pagamento de indenização por danos morais no valor acima fixado, além dos honorários advocatícios de sucumbência acima arbitrados, nos termos da fundamentação supra exposta.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator para o Acórdão

DECLARAÇÃO DE VOTO

DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY:

O tema trazido no julgamento do presente feito toca com um dos pilares mais sensíveis dos direitos e garantias constitucionais, a liberdade de manifestação religiosa, dentro de um contexto que toca também com os chamados princípios da administração pública e, por fim, do sentido que se deva emprestar à noção de laicidade estatal.

Diante da dimensão do tema, caros colegas não poderia deixar de também expressar, em voto declarado, o posicionamento que assumo no caso concreto.

Como se verifica dos autos, a servidora lotada no Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS - Waleska Mendonza, viu-se punida, no âmbito administrativo, por fazer ela referência, em comunicados emitidos pela universidade, de versículos da Bíblia e, ainda, ter afixado em seu local de trabalho um quadro com o teor dos “10 mandamentos”, somando-se a isso o fato de a servidora ter feito denúncias à imprensa, ao MPF e a OAB-MS acerca de perseguição religiosa, como que postulou em instância primeira o afastamento de punições impostas e de garantia de seu direito de manifestação religiosa, vindo o pleito, naquela mesma instância, sido negado ao fundamento de que as referências a Deus nas manifestações da autora violam a laicidade do Estado brasileiro, o princípio da isonomia e a supremacia do interesse público, dado que não poderia o particular expressar seu posicionamento religioso, concluindo pela possibilidade de a UFMS impedir qualquer manifestação nesse sentido.

Em grau de recurso a sentença restou integralmente mantida pelo Eminent Desembargador Relator COTRIM GUIMARÃES, acompanhado pelo Eminent Desembargador Federal PEIXOTO JÚNIOR.

Desse entendimento dissentiu o Eminent Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO, que agregou aos autos seu voto-vista, em que concedia à autora o benefício da assistência judiciária gratuita e dava provimento à apelação para o fim de julgar a ação procedente, anulando as sanções disciplinares aplicadas nos processos administrativos objeto da presente ação, bem como condenando a ré UFMS ao pagamento de indenização por danos morais no valor R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); diante da votação não-unânime, o feito foi submetido à sistemática de julgamento do artigo 942, do CPC/2015.

Diante da importância do tema trazido a julgamento formulo a presente declaração de voto para, com a devida vênia aos Eminent Desembargadores COTRIM GUIMARÃES e PEIXOTO JÚNIOR, aderir ao entendimento do Eminent Desembargador SOUZA RIBEIRO.

Sobre a garantia de liberdade de consciência e de crença e de sua expressão, a Constituição Federal estabelece nos incisos VI, VII e VIII, do artigo 5º, de seu texto, os seguintes enunciados:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Bem se vê que o Constituinte, já na fixação dos Princípios Fundamentais da Constituição Federal, preocupou-se com a garantia da liberdade e de expressão de crença, situando-os na

estrutura fundante dos direitos e garantias individuais.

Acerca da laicidade do Estado brasileiro, há de se registrar um viés interpretativo por vezes desfocado, juridicamente, do verdadeiro sentido desse termo na ordem constitucional brasileira.

Registro, para efeito de análise, o que contém o Preâmbulo da Carta Política e o artigo 19, inciso I, da Constituição Federal.

O Preâmbulo da Constituição Federal traz, em seu texto, a expressão “sob a proteção de Deus”, como corolário à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

É certo que a doutrina se divide acerca do valor e eficácia dos “preâmbulos”, como anota JOSÉ AFONSO DA SILVA:

Controverte-se em doutrina quanto ao valor do Preâmbulo das Constituições. A generalidade dos autores recusa-lhe natureza normativa no sentido técnico-jurídico, reconhecendo nele simples diretivas básicas (políticas, morais e filosóficas) do regime constitucional. É essa a opinião de *Hans Kelsen*, para quem o Preâmbulo “expressa as ideias políticas, morais e religiosas que a Constituição tende a promover. Geralmente, o Preâmbulo não estipula normas definidas em relação com a conduta humana e, por conseguinte, carece de um conteúdo juridicamente importante. Tem um caráter antes ideológico que jurídico”. *Karl Friedrich*, no entanto, reconhece nele particular importância, porque reflete a opinião pública à qual cada Constituição deve sua força. *George Bourdeau* entende que o Preâmbulo, qualquer que seja, fixa a atitude do regime diante dos grandes problemas sociais, políticos e internacionais. *Carl Schmitt* sustentou que as Constituições da Alemanha de 1871 e 1919 continham Preâmbulos em que a decisão política se encontrava formulada de maneira singularmente clara e penetrante, rebatendo a teoria que os tratava quase sempre como “simples declarações”, ou “notícias históricas”, ou declarações de valor meramente enunciativo, não dispositivo. *Manuel Garcia-Pelayo*, após expor o pensamento de Schmitt, não titubeia em considerar as declarações contidas no Preâmbulo como parte integrante e essencial da ordem jurídica constitucional, posto que dão sentido às normas jurídicas.

Prossegue JOSÉ AFONSO DA SILVA:

Do exposto, já é possível fixar uma tese geral sobre o valor jurídico e a eficácia dos Preâmbulos das Constituições. Na mais das vezes eles fazem referência explícita ou implícita a uma situação passada indesejável, e postulam a construção de uma ordem constitucional com outra direção, ou uma situação de luta na perseguição de propósitos de justiça e liberdade; outras vezes exprimem um princípio básico, político, social e filosófico, do regime instaurado pela Constituição. Há casos em que tudo isso vem misturado a declarações de direitos e garantias constitucionais.

Em qualquer dessas hipóteses, os Preâmbulos valem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa ...

Entendo, de igual sorte, que o Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil tem força normativa, quer por fixar os primados da instituição do Estado Democrático, quer por estabelecer as pautas e e objetivos dessa nova ordem jurídica, quer, por fim, por expressar a proteção de quem a antecede, os “representantes do povo brasileiro” (terrenos), “sob a proteção de Deus” (invocação divina).

Muito embora tenha havido objeções no momento da promulgação da Carta de 1988 acerca da referência divina, o certo é que a referência aí feita permeia a ordem jurídica brasileira, na medida que torna claro que a expressão religiosa e as referências a ela feitas, ou em seu nome divulgadas, não podem ferir a ordem pública ou, em escala mais estreita, os princípios da Administração Pública.

Significativo, nesse ponto, o registro feito por JOSÉ AFONSO DA SILVA acerca dos debates congressuais antecedentes à promulgação da Constituição.

Registra o Jurista:

O símbolo de religiosidade consta de todas as nossas Constituições. Na do Império, D. Pedro I invocara a graça de Deus e a unânime aclamação dos povos. A esse tempo a religião católica era estatal. A de 1891 não invocara Deus, pois a República nascia sob o signo da separação entre Estado e Igreja. Firmava-se a idéia do Estado leigo, e, por isso, sua Constituição não deveria invocar a divindade. A de 1934 firmara-se na confiança em Deus. A ditatorial de 1937 não o mencionara. As subseqüentes de 1946, 1967 e 1969 apelaram pela proteção de Deus. O deputado José Genoíno propôs extirpar a expressão, que já constava do Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização. Fez bonita sustentação filosófica no sentido de que a divindade permeia toda a vida e não se compadece com a simples banalização de uma invocação formal. Só teve um voto a seu favor, que não foi o seu, porque não votava naquele momento. O voto favorável foi o do representante do Partido Comunista do Brasil. O representante do Partido Comunista Brasileiro votou pela manutenção da invocação. Disse que outrora (em 1946) seu Partido pronunciara contra a inclusão da cláusula, mas, em nome da modernização das idéias partidárias, e em respeito ao sentimento religioso do povo brasileiro, apoiava sua manutenção no Preâmbulo. Embora deslocada, a invocação permaneceu no texto aprovado pelo Plenário.

De fato, um Estado leigo não deveria invocar Deus em sua Constituição. Mas a verdade também é que o sentimento religioso do povo brasileiro, se não impõe tal invocação, a justifica. Por outro lado, para os religiosos ela é importante. Para os ateus, há de ser indiferente. Logo, não há por que condená-la. Razão forte a justifica: o sentimento popular, de quem provém o poder constituinte.

(COMENTÁRIO CONTEXTUAL À CONSTITUIÇÃO, 6ª. Edição, Malheiros, 5ª. Ed., 2009).

Essa referência constitucional desautoriza, *a priori*, que se considere qualquer referência religiosa, mesmo em documentos oficiais, como contrário à laicidade estatal, até porque a Carta Política consagra, igualmente, referência expressa a Deus em seu Preâmbulo, sem que com isso se esteja a ferir os demais comandos constantes da Constituição que asseguram tanto a liberdade de consciência, como a liberdade de crença e a liberdade de expressão.

A questão posta no caso concreto, que toca com punição por manifestação, em documentos e em ambiente oficial (administrativamente falando), de signos e frases religiosas, não é nova nos Tribunais, sendo sempre oportuno trazer à lembrança o *leading case* submetido ao Supremo Tribunal Federal, sob a vigência da Constituição de 1946, em que a Corte foi chamada a se pronunciar sobre os limites da intervenção do Estado na prática de cultos religiosos.

Nesse precedente histórico (MS 1.114/DF, Relator Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA), cuidava-se da seguinte situação, assim identificada pelo Relator:

RELATÓRIO:

O SENHOR MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA:

DOM CARLOS DUARTE COSTA declarando-se, ex-Bispo de Maura, da Igreja Católica Apostólica Romana e atual Bispo do Rio de Janeiro, da Igreja Católica Apostólica Brasileira, impetra mandado de segurança a fim de lhe ser garantido e aos Ministros de sua Igreja o direito líquido, certo e incontestável ao livre exercício do culto religioso da mesma Igreja, bem como para serem reabertos ao público os templos da referida Igreja, e, ainda, para ser entregue à frequência dos seus alunos a Escola N. S. Menina, mantida pela Associação N. S. Menina, tudo nos termos da Constituição da República, artigos 31, II, 141, §§ 7º, 8º e 24, e do Código de Processo Civil - arts. 319 e seguintes (fls. 26).

Alega o impetrante que por ato ilegal e violento da polícia ficou impedido de realizar cultos em sua Igreja, impedidos os fiéis de a ela comparecerem, e os alunos privados das aulas na escola de que o impetrante é representante.

Examina o impetrante o parecer do Consultor Geral da República, faz explanações sobre o direito líquido e certo que o ampara, procura mostrar que houve evidente violação da liberdade de consciência e de crenças, além de atentado ao livre exercício dos cultos religiosos na forma admitida no artigo 141 § 7.

Salienta o impetrante que não existe confusão entre sua Igreja e a Igreja Católica Apostólica Romana, porque esta se pretende universal e a Igreja Brasileira, Igreja nacional exclui desde logo a noção de universal.

Esclarece: “As vestes sacerdotais, em todas as religiões que se separam de outra, a princípio são as mesmas; só com o correr dos tempos as religiões separadas adotam vestes sacerdotais características” (fls. 6).

Afirma que os Estatutos da Igreja Brasileira estão regularmente registrados, podendo praticar todos os atos não proibidos pela constituição inclusive culto externo, porque não são contrários aos bons costumes.

O mandado de segurança foi dirigido ao Tribunal Federal de Recursos que, por decisão de 4 de março de 1949, deu-se por incompetente por considerar que o ato de que se queixa o impetrante partiu do Presidente da República (fls. 249).

A inicial está acompanhada de numerosos documentos, notícias de jornais, entrevistas do impetrante, desenhos das vestes a serem usadas pelos ministros da Igreja Brasileira e das informações referidas.

Foram prestadas as informações seguintes pelo Presidente da República: ler fls. 258.

É o relatório.

O que se extrai do relatório do caso concreto levado à Suprema Corte da época é que o Estado, por provacação da Igreja Católica Apostólica Romana, questionara, no âmbito do Ministério da Justiça, a atuação de Dom Carlos Duarte Costa, ex-bispo de Maura, na prática de culto de sua Igreja, então denominada Igreja Católica Apostólica Brasileira que, negando a autoridade papal romana, passou a realizar cultos públicos, valendo-se de vestes indumentárias, a juízo da Igreja Romana, semelhantes às dela.

Entendeu o poder estatal da época que a prática de culto pela Igreja Brasileira estaria a ferir a ordem pública, por praticar cultos e rituais semelhantes aos praticados pela Igreja Romana.

Significativo nesse debate, que envolveu expoentes juristas da época, a exemplo de PONTES DE MIRANDA, HAROLDO VALADÃO e sobretudo, dois dos Ministros no referido

Mandado de Segurança, o Relator LAFAYETTE DE ANDRADA e o Ministro dissidente (único voto vencido) HAHNEMANN GUIMARÃES.

O Ministro Relator, não obstante tenha, ao fim, denegado o mandado de segurança, por entender não ser o meio próprio para o fim pretendido, avança no mérito do ato estatal, retratando, a meu juízo, sob a luz da atual ordem constitucional, visão essencialmente restritiva ao direito de liberdade de culto.

Já o voto dissidente traz luzes significativas ao que hoje se entende - e se consagrou no atual texto constitucional - acerca dos limites da atuação estatal nos cuidados com a prática de manifestação religiosa e de culto.

O entendimento da questão reclama que se transcrevam ambos os votos, para que se faça uma avaliação técnico-jurídica do quanto o tema é passível de desvios, à luz do real entendimento do que signifique liberdade de expressão e liberdade religiosa.

O voto do Ministro Relator LAFAYETTE DE ANDRADA foi assim expressado:

Visa o presente mandado a reabertura dos templos da Igreja Católica Apostólica Brasileira, o livre exercício público dêsse culto e o funcionamento da Escola mantida pela Associação de N. Senhora Menina.

A Constituição Federal garante a liberdade de consciência e de religião, a liberdade de culto que não contraria a ordem pública ou aos bons costumes.

Não foi tomada qualquer providência contra o funcionamento da Escola. Ela continua aberta aos alunos, ao ensino que vem ministrando. As informações oficiais são positivas a respeito. Também o Governo não criou impedimento a existência da Igreja de que o impetrante é chefe: proibiu, sim, o culto público, em lugares públicos, por entender que nessa prática havia manifesta confusão com os costumes, com as solenidades externas da Igreja Católica Apostólica Romana. Os ministros de Igreja Brasileira, suas vestes, suas manifestações em atos públicos eram perfeitamente iguais aos de outra Igreja.

Salientou o Ministro da Justiça: "... devo ressaltar a V. Excia. que não é intenção do Governo submeter os Chefes ou fieis, daquela Igreja a qualquer constrangimento em sua liberdade de crença, mas, apenas, como salientou o Consultor Geral da República, em seu parecer, assegurar à Igreja Católica Apostólica Romana o livre exercício do seu culto, e, em consequência, "impedir o desrespeito ou a perturbação do mesmo culto, através de manifestações externas, quais procissões, missas campais, cerimônias em edifícios abertos ao público etc. quando praticadas pela Igreja Católica Apostólica Brasileira e com as mesmas insignias, as mesmas vestes, enfim o mesmo rito daquela" (fls. 122).

O livre exercício dos cultos religiosos não pode ter amplitude sem controle, sem limites. É uma liberdade sujeita a ordem pública, aos princípios que a mantêm, ao respeito dos direitos de outrem.

Já Barbalho afirmara: "do poder público é dever assegurar aos membros da comunhão política que ele preside, a livre prática do culto de cada um e impedir quaisquer embaraços que o dificultem ou impeçam, procedendo nisso de modo igual para com todas as crenças e confissões religiosas" (fls. 285).

E, Araujo Castro, acentuou: "É bem de ver, todavia, que o Estado tem sempre o poder e o dever de adotar certas restrições à liberdade de cada um, mas somente na medida que se torna necessária para proteger a liberdade de todos" (fls. 285).

Ainda o ensinamento de Leon Duguit deixa claro: "Para que ela exista (referindo-se a liberdade religiosa) é necessário que nas suas leis o Estado respeite as crenças de cada um, que não entrave de qualquer modo o livre exercício do culto público, que não ponha nenhum limite à formação, ao funcionamento das seitas e das Igrejas, segundo suas próprias leis. Não é supérfluo acrescentar, entretanto, que o Estado tem sempre o poder e o

dever de fazer certas restrições à liberdade de cada um, mas somente na medida em que isto fôr necessário para proteger a liberdade de todos” (“Pour qu’elle existe, il faut que dans les lois l’Etat respecte les croyances de chacun, qu’il n’apporte aucune entrave au libre exercice du culte public et qu’il ne mette aucune limitation à la formation, au fonctionnement, suivant leurs lois propres, des sectes et des églises. Il va sans dire, toutefois, que l’État a toujours le pouvoir et le devoir d’apporter certaines restrictions à la liberté de chacun, mais seulement dans la mesure ou celà est nécessaire pour protéger la liberté de tous” (fls. 286).

Portanto, se o Poder Público, apreciando fatos, entender indispensável sua ação de polícia para impedir o excesso de liberdade, pode empregá-la em detrimento dos que usando dessa liberdade forem de encontro a tranquilidade, a ordem pública, perturbando os direitos de terceiros. A liberdade de culto exigida pelo impetrante só lhe é negada naquilo que prejudica a liberdade do Culto da Igreja Católica Apostólica Romana, naquilo que fôr igual ao desta Igreja, causando confusão, prejudicando sua missão, trazendo perturbação às suas práticas seculares e notórias. Porque nesse ponto, realmente, vai de encontro a ordem pública e às normas de direito que garantem a cada Instituição, a cada religião o uso de seus ritos, o uso de suas insígnias, de suas características.

Notou o dr. Consultor Geral da República em seu parecer: “Em verdade desde o nome adotado - Igreja Católica Apostólica Brasileira - até o culto e ritos tudo é feito com o objetivo de mistificar e confundir. Assim o próprio apóstata se apresenta como bispo do culto românico”, usam - êle e seus ministros - as mesmas vestes - insígnias do clero e bispo romanos, praticam os mesmos atos religiosos da Igreja de Roma, como sejam: batismo, crismas, casamentos, procissões, missas campais, bênçãos e lançamentos de pedras fundamentais, e em todos êsses atos adotou os mesmos paramentos, e o mesmo cerimonial do nosso culto externo” (fls. 317). O impetrante não visa neste mandado garantir a instituição da Igreja Brasileira, a manutenção de seus estatutos, de sua finalidade, a captação de fieis, e sim garantir para si a manifestação pública, o culto público, as práticas, os atos públicos, que pertencem a outra Igreja.

Procura contrariar as acusações de imitação dos atos da Igreja Romana, procura mostrar a nenhuma confusão entre as duas Igrejas, nas manifestações exteriores do culto das mesmas, procura esclarecer a diferença dos paramentos, das vestes de seus representantes, das práticas adotadas.

São portanto fatos, que exigem exame, ampla apreciação de provas. O mandado de segurança não dá ensejo a controvérsias: verifica de plano a ilegalidade, a ofensa à liquidez e certeza de um direito. Ora, se o que se discute nestes autos não permite se conclua desde logo pela ilegalidade, se os fatos pedem minuciosa apreciação e se o dispositivo constitucional sobre o livre exercício do culto que não seja contrário a ordem pública, autoriza a interpretação adotada pelo Governo, está-se a ver que não há direito líquido e certo para ser amparado pela segurança. Assim, senhor Presidente, indefiro o mandado de segurança, por não ser o meio próprio para o fim pretendido.

Chamam a atenção nesse precedente da Corte, afirmações como as que pontuam que “se o Poder Público, apreciando fatos, entender indispensável sua ação de *polícia para impedir o excesso de liberdade*, pode empregá-la em detrimento dos que usando dessas liberdades forem de encontro a tranquilidade, a ordem pública, perturbando os direitos de terceiros.”

Bem se vê, do voto condutor do Relator LAFAYETTE, que ele dá agasalho a um segmento religioso constituído em detrimento de outro segmento igualmente religioso e igualmente constituído, quebrando, a meu entender, a laicidade estatal.

O tema ganhou contornos mais claros de efetivo ingresso (indevido) do Estado na seara da livre manifestação de crença e culto no voto do Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES:

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES:

Sr. Presidente, resume o eminente sr. dr. Proc. Geral da Republica o propósito do impetrante em insurgir-se ele contra o ato do Exmo. Sr. Presidente da Republica que, aprovando parecer emitido pelo sr. Consultor Geral da Republica sobre a maneira de assegurar o livre exercício do culto da Igreja Católica Apostólica Romana, o encaminhou ao sr. Ministro da Justiça e Negocios Interiores, para que lhe desse cumprimento.

O parecer do Consultor Geral da Republica nasceu de uma representação, dirigida ao poder temporal, por S. Eminencia d. Jaime de Barros Carama, Arcebispo do Rio de Janeiro, representação redigida nos seguintes termos, transcrita no parecer já citado, do eminente dr. Proc. Geral da Republica:

“Em verdade, desde o nome adotado - Igreja Católica Apostólica Brasileira - até o culto o ritos, tudo é feito com o objetivo de mistificar e confundir. Assim, o próprio apóstata se apresenta como “bispo do culto romano”, usam - ele e seus ministros - as mesmas vestes e insignias do clero e bispo romanos, praticam os mesmos atos religiosos da Igreja de Roma, como sejam: batismos, crismas e casamentos, procissões, missas campais, bênçãos e lançamentos de pedras fundamentais, e em todos esses atos adotou os mesmos paramentos, e o mesmo cerimonial do nosso culto externo.

Daí resultou a providencia sugerida pelo Sr. Consultor Geral da Republica, o ilustre Prof. Haroldo Valladão, nos seguintes termos;

“Cabe, portanto, à autoridade civil, no exercicio do seu poder de policia, atendendo ao pedido que fôr feito pela autoridade competente da Igreja Catolica Apostolica Romana, e assegurando-lhe o livre exercicio do seu culto, impedir o desrespeito ou a perturbação do mesmo culto, através de manifestações externas, quais procissões, missas campais, cerimoniaes em edificios abertos ao publico, etc quando praticadas pela Igreja Catolica Apostolica Brasileira com as mesmas insignias, as mesmas vestes, enfim, o mesmo rito daquela.”

Adotando a providencia sugerida neste parecer, sr. Presidente, parece-me que o poder civil, o poder temporal, infringiu, frontalmente, o principio basico de toda a política republicana, que é a liberdade de crença, da qual decorreu, como consequencia lógica e necessaria, a separação da Igreja e do Estado.

Reclamada essa separação pela liberdade de crença, dela resultou, necessariamente, a liberdade do exercicio de culto.

Devemos estes grandes principios à obra benemerita de Demétrio Ribeiro, de cujo projeto surgiu, em 7 de Janeiro de 1890, o sempre memoravel ato que separou, no Brasil, a Igreja do Estado.

É de se salientar, aliás, que a situação da Igreja Católica Apostólica Romana, separada do Estado, se tornou muito melhor. Cresceu ela, ganhou prestigio, graças à emancipação do regalismo que a subjugava durante o Império. Foi durante o Império que se proibiu a entrada de noviços nas ordens religiosas; foi durante o Imperio que se verificou a luta entre mações e católicos, de que resultou a deplorável prisão dos Bispos D. Vital Maria Gonçalves de Oliveira e D. Macedo Costa, bispos de Olinda e do Pará; foi durante o Império que prevaleceu a legislação de mão morta.

Com a Republica, o prestigio da Igreja Católica cresceu, como todos reconhecemos.

Deve-se, aliás, Sr. Presidente, atribuir, como glória da Igreja Católica Apostólica Romana, o ter-se ela batido pela separação da Igreja do Estado. O principio civil da separação da Igreja do Estado foi o principio que a Igreja Catolica defendeu nos seus começos, talvez contrariado na teocracia catolico-feudal da Idade Média. Mas não ha dúvida em que a separação da Igreja e do Estado, pela qual se bateu a propria Igreja Católica, e que é a base da política republicana, só concorreu para que ela crescesse de prestigio.

O dec. de 7 do Janeiro de 1890, sr. Presidente, foi incorporado à Constituição, que sempre devemos lembrar com reverencia, de 1891, no seu art. 72, § 3º, a que se deve ligar a disposição do. art. 11, n. 2º.

Estas disposições vieram da Constituição de 1891, através da reforma de 1926, das Constituições de 1934 e 1937, até a Constituição vigente que, no art. 31, II, estabelece:

“À União, aos Estados, ao Dist. Federal e aos Municípios é vedado:

.....
II - estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício.”

Proíbe, por conseguinte, a Constituição que o poder temporal embarace o exercício de qualquer culto religioso. A este princípio está ligado, por uma solidariedade necessária e evidente, o preceito constante do art. 141, § 7º.

‘Estes dois princípios foram profundamente violados, data vênia o afirmo. No § 7º do art. 141 se dispõe:

“É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil”.

Sustenta-se, sr. Presidente, que o culto religioso, exercido pelo requerente do mandado de segurança é - como admito que seja - rigorosamente igual ao culto professado pela Igreja Católica Apostólica Romana.

Que é o culto?

Nós diríamos, segundo nessa orientação positivista:

- O culto é o conjunto de práticas religiosas destinadas ao aperfeiçoamento dos sentimentos humanos.

Dirão os teólogos e eu os sigo, neste momento:

- O culto é o complexo de ritos com que se honra Deus e se santificam os homens.

o rito, esta parte da liturgia, com que os homens veneram Deus e os santos, é absolutamente livre no regime republicano. Não há como o Estado intervir na determinação dos cultos, quaisquer que sejam eles, desde que não ofendam os bons costumes.

Não há como se falar, aqui, em ofensa dos bons costumes, porque o culto professado pela Igreja dissidente é o mesmo culto da Igreja Católica Apostólica Romana.’

Pergunta-se: é lícito a uma igreja cismática exercer o culto da Igreja Católica Apostólica Romana?

A esta pergunta somente poderão dar resposta os teólogos, os canonistas.

Classificam eles os delitos contra a fé em três espécies: a apostasia, a heresia e o cisma.

No caso, trata-se precisamente de um cisma. Trata-se de um bispo que não quer aceitar o primado do pontífice romano.

O primado do pontífice romano baseia-se, de acordo com a doutrina da Igreja dominante, naquela própria monarquia estabelecida no Colegio dos Apóstolos com o primado de S. Pedro. Este primado é o próprio primado do pontífice romano.

Mas, sr. Presidente, desde a fundação da Igreja Católica Apostólica Romana existem os cismas, existem as dissidências. Desde então começou a surgir este movimento em favor das igrejas nacionais que, no Século XVII, nos seus fins, mais crescia, dando lugar àquelas celebres liberdades galicanas, elaboradas, redigidas e preparadas pelo incomparável Bossuet.

Desde os princípios da Igreja o chamado galicanismo eclesiástico é conhecido. É sabida a tendência em que os graus inferiores da hierarquia católica procuraram evitar a supremacia do pontífice romano.

Já no Século III surgiu a série de dissidências com a rebelião de Novaciano, em 251.

Dissidência celebre foi, no Século IX, o cisma de Focio, que deu lugar à separação da Igreja oriental da Igreja ocidental.

Mas não nos esqueçamos do próprio cisma, provocado, no Século XIV, pelos cardeais rebeldes, em que se elegeu o anti-Papa Clemente VII.

Assim, a História da Igreja está repleta desses cismas, está repleta desses delitos contra a fé. Trata-se, pois, de delito contra a fé, como o classificam os canonistas. No caso particular, trata-se de delito definido no cânone 1.325, § 2º, onde se define o cismático como aquele “qui

subesse renuit Romano Pontifici aut cum membris Ecclesiae ei subiectis communicare recusat”. É o que se dá, no presente momento. O ex-bispo de Maura, Dom Carlos Duarte Costa, não quer reconhecer o primado do Pontífice Romano, quer constituir uma Igreja Nacional, uma Igreja Católica Apostólica Brasileira com o mesmo culto católico. É-lhe lícito exercer esse culto, no exercício da liberdade outorgada pela Constituição, no art. 141, § 7º, liberdade cuja perturbação é, de modo preciso, proibida pela Constituição, no art. 31, inciso II.

Trata-se, pois, de delito espiritual, podemos admitir. Como resolver um delito espiritual, um conflito espiritual, com a intervenção do poder temporal, do poder civil, que está separado da Igreja? Os delitos espirituais punem-se com as sanções espirituais; os conflitos espirituais resolvem-se dentro das próprias Igrejas; não é lícito que essas Igrejas recorram ao prestígio do poder temporal para resolver seus cismas, para dominar suas dissidências.

É este princípio fundamental da política republicana, este princípio da liberdade de crenças, que reclama a separação da Igreja do Estado e que importa, necessariamente na liberdade de exercício do culto; é este princípio que me parece, profundamente, atingido pela aprovação do parecer do eminente e meu ilustre colega de Faculdade, Prof. Haroldo Valladão.

Assim sendo, sr. Presidente, concedo o mandado.

Na quadra atual do nosso direito positivo, sobretudo da Constituição da República, de 1988, não resta dúvida de que o voto vencido lançado à época é o que corresponde à vontade constitucional hodierna, não sendo de se imaginar a intervenção do poder estatal (secular) a coibir culto religioso, sob pretexto de violação da ordem pública ou em nome de um excesso de liberdade.

Interessante de nota os comentários feitos por PONTES DE MIRANDA acerca do *leading case* referido, *verbis*:

Pontes de Miranda, apreciando a questão, revelou não ter compreendido a extensão e os limites da liberdade de culto, no caso mencionado. Assim, considerou “medievais os votos proferidos. Lutero, se ressuscitasse e pedisse mandado de segurança, não o teria obtido” (Comentários à Constituição de 1946, vol IV, 1953, p. 171). Referindo-se ao único voto divergente, do Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, citado, escreveu o mesmo comentarista: “Ainda há consciências livres e brasileiras, no país, para aplaudirem o voto, estritamente jurídico, do ilustre Ministro” (Comentários, vol IV, 1953, p. 173).

Guardadas as devidas proporções, o caso trazido no corpo do presente processo retrata a intervenção da Administração (UFMS), por sua direção e reitoria, na manifestação de crença de servidora a ela vinculada, chegando a abrir expediente administrativo voltado a punir a servidora por externar, por meio de citações de versículos bíblicos em documentos oficiais, sua fé.

Os processos administrativos instaurados contra a autora foram bem analisados pelo Eminentíssimo Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO, que identificou em suas conduções tanto a ausência de fundamentação nas portarias expedidas, como também que o real fundamento de suas instaurações foram as citações levadas a cabo pela autora em documentos que firmara, concluindo o voto dissidente que “*se extrai que todos os fatos imputados nestes processos administrativos à autora são decorrentes exclusivamente da persistência da autora em exercer sua garantia fundamental de livre manifestação da sua crença - através daquela simples prática de transcrever um versículo bíblico quando expedida algum comunicado interno daquele UFMS - , deixando de acatar as ordens de sua chefia quanto a essa questão religiosa; tudo o mais é mero reflexo desse conflito interno, consistente nas ações da autora na busca de auxílio externo na sua luta contra a perseguição religiosa a que estava exposta,*

como as notícias à imprensa e representações a órgãos públicos como o Ministério Público e a OAB-MS.”

Não tenho dúvidas em acompanhar o Eminentíssimo Desembargador quanto a essas averiguações extraídas dos fatos retratados nos autos.

Destarte, não tenho dúvida também em acompanhar o Eminentíssimo Desembargador Federal quanto às consequências dessas condutas administrativas no tocante à identificação de dano moral.

Com efeito, não se há de se avizinhar na situação retratada no presente feito mero dis-sabor, simples aborrecimento ou singela contrariedade de posições filosóficas. Em verdade a situação posta a julgamento demonstra que o fato extrapolou os umbrais da Universidade, chegando a conhecimento público (imprensa) e oficial (Ministério Público) e, ainda, em órgão de classe dos advogados (OAB-MS), tudo a demonstrar que o fato ultrapassou os limites do cotidiano, do rasteiro, do usual ou do previsível.

Nesse sentido, comungo do entendimento do Eminentíssimo Desembargador no sentido de que o entendimento de que mero aborrecimento não gera dano moral não se aplica ao caso concreto, pois, como bem pontuado no voto divergente *“esse paradigma, no entanto, vem sendo progressivamente superado. Evidência disso são as hipóteses, que têm sido admitidas, dos danos morais sofridos pelas pessoas naturais impassíveis de detrimento anímico (como nascituros, etc), pelas pessoas jurídicas e demais entes ou grupos despersonalizados da coletividade. Em verdade, até mesmo para as pessoas naturais que sofrem e padecem de dor, tais elementos já vêm sendo deixados ao largo, sendo que o esquadriñar dos danos morais tem tomado como parâmetro, na doutrina mais moderna, a violação aos direitos da personalidade. Nesse contexto, há de se examinar a existência de lesão relevante, ou ainda, a violação injusta e intolerável da conduta apontada no caso concreto.”*

Diante de tais fundamentos, não tenho dúvida em reconhecer à autora o direito à reparação de dano moral, pela reconhecida lesão a sua esfera de direitos e das consequências daí advindas.

Assim, à luz de tudo quanto fundamentado, pedindo vênias ao e. Relator, pelo meu voto *dou provimento à apelação* para o efeito de *julgar procedente* o pedido para afastar as sanções disciplinares aplicadas nos processos administrativos objeto da presente ação, bem como para *condenar* a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Invertidos os ônus da sucumbência.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Desembargador Federal Hélio Nogueira: A questão me parece sensível e complexa e, assim, fiz breves anotações sobre o tema, ao proferir o presente voto.

Inicialmente, peço vênias ao i. Relator, diante de todo o contexto que se apresenta nos autos, para deferir os benefícios da Justiça Gratuita à autora, tendo em vista o quadro financeiro ofertado, que lhe permite a benesse pretendida (renda menor que dois salários mínimos).

Quanto ao mérito, avaliando o que consta dos autos, não me parece, diante do princípio da unidade da Constituição, no sentido de que essa deve ser interpretada diante de sua globalidade, evitando antinomias, que seja possível observar, no caso, proselitismo religioso, vulneração ao estado laico brasileiro (art. 19, I da CF) e impessoalidade, pelo fato da parte autora usar expressões religiosas em documentos por ela elaborados, ainda que oficiais, da Universidade, já que as expressões bíblicas utilizadas eram breves e não comprometiam nem a compreensão nem a rapidez da leitura do texto, inserindo-se na liberdade de expressão não exagerada, não causando prejuízo de tal monta que pudesse dar azo à abertura de procedimento administrativo a seu desfavor.

Não há dúvida da laicidade do Estado brasileiro, mas não é possível olvidar que a CF, em diversas passagens faz menção à religiosidade, não importando, claro, qual a matriz da crença religiosa (cristã, budista, muçulmana etc.), pelo que devem os conceitos ser harmonizados. Assim, temos garantida na Carta a liberdade religiosa (art. 5º, VI da CF), a proibição de privação de direitos por motivo de crença religiosa (art. 5º, VIII da CF), a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII da 1º da CF), o ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, §1º da CF), entre outros.

Desta feita, a aplicação de pena administrativa em funcionária pública, por expressar sua religião, afigura-se, ao meu ver, desproporcional, não sendo razoável à direção da Universidade fazê-lo por essa razão, sendo, nesse caso, segundo a doutrina mais moderna, o mérito do ato administrativo sindicável pelo Poder Judiciário, controlando, nessa senda, os atos administrativos não razoáveis ou inconstitucionais, como bem constou no voto divergente.

Não parece assim razoável a abertura de procedimento administrativo e aplicação de penalidade pelos fatos narrados, ainda mais num ambiente universitário, em que a tolerância e ausência de preconceito deveria prevalecer. Teria a Administração da Universidade a mesma conduta se a autora citasse, por exemplo, frases nos documentos, oriundas de Bob Marley ou de Che Guevara, por exemplo?

Somente não comungo, com a devida venia, da utilização do preâmbulo da CF, para fundamentar a licitude da conduta da autora, por entender não possuir esse preâmbulo valor normativo, definindo-se como mera intenção do constituinte e não imperativo à sociedade, tanto que o STF (ADI 2076, por seu Pleno, Rel. Min. Carlos Veloso), destacou que o preâmbulo aludido não constitui norma central nem que a menção a “Deus” detém força normativa.

De qualquer sorte, a não consideração do preâmbulo da Carta Maior não retira as conclusões desse voto, no sentido de, novamente pedindo todas as vênias ao e. Relator, acompanhar a divergência e julgar procedente a presente ação.

Quanto aos danos morais, entendo-os devidos, porém em valor inferior, considerando os parâmetros utilizados pela Turma de que participo para fixá-lo, evitando enriquecimento ilícito da vítima, e também porque um dos PAD’s a que respondeu a autora já se encerrou, pelo que entendo justo fixá-los em 20.000,00 (vinte mil reais).

Desta feita, acompanho a divergência para conceder os benefícios da gratuidade de Justiça, julgar procedente a ação, com redução de fundamento, e manter devidos os danos morais, reduzindo, porém, seu valor, nos termos supra.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA

VOTO COMPLEMENTAR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Anoto, de início, que pedi vista para reanalisar os autos após as divergências lançadas, que formaram maioria em sentido contrário ao entendimento adotado no voto que eu apresentei na sessão do dia 02 de julho de 2019.

Feita a observação, com a devida vênia à douta maioria, ratifico integralmente o meu voto, no sentido de negar provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0015991-10.2012.4.03.6100

Apelante: ANTONIO REZENDE MENDES DA COSTA
Apelada: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2020

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CARGO TÉCNICO DO SEGURO SOCIAL. PEDIDO DE REENQUADRAMENTO. ALEGAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE TÍPICA DE ANALISTA DO SEGURO SOCIAL. DESVIO DE FUNÇÃO NÃO OCORRIDO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COMPATÍVEL COM SUPORTE E APOIO TÉCNICO ESPECIALIZADO ÀS ATIVIDADES DE COMPETÊNCIA DO INSS. INDEVIDA INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA.

1. Apelação interposta pelo autor, técnico do seguro social dos quadros do INSS, contra sentença de fls. 235/239, que julgou improcedente os pedidos de enquadramento no cargo de analista do seguro social, no padrão correspondente à evolução funcional já conquistada na carreira, condenação do INSS ao pagamento de indenização de diferenças entre a remuneração recebida e a remuneração correspondente ao cargo de analista do seguro social, decorrentes do reenquadramento pleiteado, desde a vigência da Lei 10.667/2003, ou sucessivamente, o reconhecimento de desvio funcional por ter exercido atribuições previstas para o cargo de analista previdenciário e/ou analista do seguro social, com pagamento da indenização correspondente às diferenças remuneratórias entre seus vencimentos e os do cargo de analista do seguro social, nos últimos cinco anos da propositura da ação. Condenado o autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 4.144,73, correspondente ao valor equivalente ao mínimo previsto na tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção São Paulo.
2. O Juízo a quo decidiu a causa valendo-se de elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide. O Código de Processo Civil assegura às partes, em seu art. 369, a produção de todos os meios de prova admissíveis para a comprovação do que fora alegado. Entretanto, no mesmo diploma legal, o art. 370 comete ao magistrado a atribuição de determinar somente as provas necessárias ao deslinde da demanda, indeferindo as inúteis e aquela que acarretam em mora processual, velando pela rápida solução do conflito.
3. Poderá o juiz dispensar a produção probatória, quando os elementos coligidos forem suficientes para fornecer subsídios elucidativos do litígio, casos em que o julgamento da lide poderá ser antecipado e proferido até mesmo sem audiência, se configuradas as hipóteses do artigo 355. O ponto controvertido versa sobre matéria meramente de direito, sendo desnecessária a produção de provas.
4. Conforme dispõe o artigo 1º Decreto nº 20.910/32, as dívidas da Fazenda Pública prescrevem em cinco anos. Prevalece no âmbito da jurisprudência do STJ, pela sistemática do artigo 543-C do CPC, esse entendimento.

5. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os cargos públicos, com exceção dos cargos em comissão, passaram a ser providos por concurso público de provas ou provas e títulos, restando abolida qualquer forma indireta de ingresso no serviço público.
6. Matéria pacificada pela jurisprudência do STF por meio da Súmula n. 685, corroborada pela Súmula Vinculante 43, assim concebida: *É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.*
7. No caso concreto, o autor ostenta o cargo de Técnico do Seguro Social nos quadros do INSS e alega ter exercido funções típicas de Analista do Seguro Social.
8. Da análise do conjunto probatório produzido nos autos e da descrição de atividades na Lei 10.855/2004, não se depreende, inequivocamente, o distanciamento das atividades “*técnicas e administrativas, internas ou externas, necessárias ao desempenho das competências constitucionais e legais a cargo do INSS*”, e relacionadas ao cargo de Técnico do Seguro Social.
9. Na sua essência, a competência do INSS é de analisar os pedidos de benefícios previdenciários e, em caso de confirmação com os documentos trazidos pelos requerentes, concedê-los. Nessa linha de raciocínio, o cargo de técnico contempla o apoio especializado a esta competência própria da autarquia, não se divorciando das atividades referidas.
10. Mantida a decisão em grau recursal, impõe-se a majoração dos honorários por incidência do disposto no §11º do artigo 85 do NCPC.
11. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de Apelação interposta pelo autor, técnico do seguro social dos quadros do INSS, contra sentença de fls. 235/239, que julgou improcedente os pedidos de enquadramento no cargo de analista do seguro social, no padrão correspondente à evolução funcional já conquistada na carreira, condenação do INSS ao pagamento de indenização de diferenças entre a remuneração recebida e a remuneração correspondente ao cargo de analista do seguro social, decorrentes do reenquadramento pleiteado, desde a vigência da Lei 10.667/2003, ou sucessivamente, o reconhecimento de desvio funcional por ter exercido atribuições previstas para o cargo de analista previdenciário e/ou analista do seguro social, com pagamento da indenização correspondente às diferenças remuneratórias entre seus vencimentos e os do cargo de analista do seguro social, nos últimos cinco anos da propositura da ação. Condenado o

autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 4.144,73, correspondente ao valor equivalente ao mínimo previsto na tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção São Paulo.

Em suas razões recursais, sustenta a parte autora:

a) nulidade do processo por cerceamento de defesa, pela negativa de juntada da auditoria de matrícula da recorrente por parte do INSS, referente aos sistemas PRISMA, SABI, PLENUS, SISAGE, SIBE E CNIS, documentos esses que comprovam o desvio de função, devendo ser determinada a reaberta a instrução processual;

b) no mérito, repisa os termos da inicial, alegando fazer jus ao enquadramento no cargo de analista do seguro social, pois possuía escolaridade de nível superior completo e já exercia na data da estruturação da Carreira Previdenciária, atividades típicas de analista do seguro social, de nível superior, diversas e de maior complexidade em relação às previstas para o cargo de técnico que ostenta, bem como que “os concursados para ocuparem o cargo de Analista Previdenciário receberam treinamento e acompanhamento em serviço e foram avaliados pelos agentes administrativos, ou seja, pela recorrente”;

c) aduz que tem direito de receber a título de indenização, as diferenças de vencimentos entre os cargos de Técnico e de Analista do seguro social por ter atuado na linha de frente e no desempenho exclusivo de funções próprias do cargo de analista do seguro social, concedendo benefícios previdenciários, fazendo revisões de benefícios, habilitando beneficiários, expedindo certidões de tempo de serviço, fazendo cálculos previdenciários, analisando recursos, atendendo o público, exercendo atividade-fim do INSS em desvio de função, nos termos da sumula 378 do STJ, devendo ser aplicado o princípio que veda o enriquecimento sem causa (art. 884 do CC);

d) alega que restou comprovado através de suas testemunhas o desvio de função alegado, restou claro que a mesma desempenha função de analista, bem como participava de grupos de trabalho para concessão de benefícios que estavam atrasados, tendo em vista a dificuldade técnica e grau de responsabilidade, que em muito ultrapassa a função de apoio; que restou comprovado que na Agência do Brás existiam apenas 02 analistas, tendo recentemente ingressado um terceiro analista, o que é insuficiente para atender a demanda da agência Brás; e que restou comprovado que muitos técnicos treinam e orientam os analistas.

Com as contrarrazões do INSS, subiram os autos a esta Corte Regional.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

A apelação é própria e tempestiva, razão pela qual dela conheço.

Da preliminar de nulidade por ausência de juntada de documento

Sustenta o apelante a ocorrência de nulidade por cerceamento de defesa, decorrente da negativa de juntada da auditoria de matrícula da recorrente por parte do INSS, referente aos sistemas PRISMA, SABI, PLENUS, SISAGE, SIBE E CNIS, documentos esses que comprovam o desvio de função, devendo ser determinada a reaberta a instrução processual.

O autor reiterou o pedido de determinação de juntada de documentos pelo INSS e oitiva de testemunhas que havia formulado na inicial e no aditamento (fls. 136/138). O INSS manifestou-se não haver testemunhas a indicar (fl. 145).

Por ocasião da audiência de instrução, a parte autora requereu a apreciação do pedido para que o INSS apresentasse auditoria de sua matrícula, referente aos sistemas PRISMA, SIBE, SABI, PLENUS e CNIS pelo período de 2007 a 2012. O INSS não se opôs ao requerimento formulado pela parte autora, desde que haja delimitação temporal, em relação ao período dos registros, bem como fosse concedido o prazo de 90 dias. O juiz deferiu o requerimento de prova formulado pela autora, diante da concordância do INSS, devendo a juntada aos autos ser realizada por meio de mídia eletrônica, no prazo de noventa dias (fl. 154).

O INSS apresentou documentos referentes a auditoria do Sistema Prisma do autor no período de 11/2011 em diante, informando não ter acesso aos demais documentos que os demais documentos solicitados (fls. 170/221)

Quando da prolação da sentença, o juiz ponderou pela desnecessidade de produção de provas documentais, nos seguintes termos:

O autor reiterou o pedido de requisição de auditoria dos sistemas SIBE, SABI, PLENUS e CNIS.

Tais documentos, conforme se verifica das fls. 175-197, não esclarecem exatamente quais as atividades realizadas pelo autor. Quanto a este ponto, porém, a oitiva das testemunhas são suficientes para elucidar as tarefas realizadas pelos técnicos do INSS na agência no qual trabalhava.

Consta, ainda, o documento de fl. 106, no qual o Gerente da APS São Paulo Brás esclarece as atividades realizadas pelo autor.

A controvérsia residual consiste não na definição das atividades do autor, mas em precisar quais são as tarefas que distinguem o cargo de analista e técnico do seguro social, a fim de averiguar se houve desvio de função.

Por fim, não há controvérsia sobre as atividades exercidas pelo autor, o que por si só dispensa a produção de provas, nos termos do artigo 374, inciso III, do Código de Processo Civil.

Indefiro, portanto, o pedido de requisição da auditoria da matrícula do autor em relação aos demais sistemas (SIBE, SABI, PLENUS e CNIS).

O Código de Processo Civil assegura às partes, em seu art. 369, a produção de todos os meios de prova admissíveis para a comprovação do que fora alegado. Entretanto, no mesmo diploma legal, o art. 370 comete ao magistrado a atribuição de determinar somente as provas necessárias ao deslinde da demanda, indeferindo as inúteis e aquela que acarretam em mora processual, velando pela rápida solução do conflito.

Nesse sentido, poderá o juiz dispensar a produção probatória, quando os elementos coligidos forem suficientes para fornecer subsídios elucidativos do litígio, casos em que o julgamento da lide poderá ser antecipado e proferido até mesmo sem audiência, se configuradas as hipóteses do artigo 355.

Deste modo, *in casu*, a decisão prolatada pelo Juízo *a quo*, valendo-se dos instrumentos legais supramencionados, bem como do seu livre convencimento motivado, acertadamente entendeu pela suficiência dos elementos probatórios, assim como pela dispensabilidade da produção das provas requeridas pela Apelante.

No mesmo sentido, decidiu o C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO CARACTERIZADA.

ART. 480 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

CERCEAMENTO DE DEFESA. SISTEMA DA PERSUAÇÃO RACIONAL. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 1. Deve ser rejeitada a alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento.

2. A indicada afronta ao art. 480 do CPC/2015, em que pese à oposição de Embargos de Declaração, não pode ser analisada, pois os referidos dispositivos não foram analisados pelo órgão julgador.

Ausente, portanto, o requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

3. O STJ tem entendimento firmado no sentido de que não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de prova ou suficientes as já produzidas, mediante a existência nos autos de elementos bastantes para a formação de seu convencimento.

4. Sabe-se que, no sistema da livre persuasão racional, o juiz é o destinatário final da prova, cabendo-lhe decidir quais elementos são necessários para o julgamento, ante sua discricionariedade de indeferir pedido de produção de provas ou desconsiderar provas inúteis, consoante o teor dos artigos 130 e 131 do CPC/73 (arts. 370 e 371 do CPC/2015).

5. Hipótese em que o acórdão recorrido concluiu ser “desnecessária a produção de prova, tanto pericial quanto oral, pois suficiente ao julgamento da lide a perícia constante dos autos” (fl. 779, e-STJ).

6. Ademais, aferir eventual necessidade de produção de prova demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial, ante o óbice do enunciado 7 da Súmula do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1721231/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 02/08/2018)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE NOVA PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. LIVRE CONVICÇÃO DO JUIZ. TRANSFORMAÇÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ EM APOSENTADORIA ACIDENTÁRIA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Conforme legislação de regência, cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade. Assim, tendo em vista o princípio do livre convencimento motivado, não há cerceamento de defesa quando, em decisão fundamentada, o juiz indefere produção de prova, seja ela testemunhal, pericial ou documental.

2. A teor da Lei n. 8.213/91, a concessão de benefício o acidentário apenas se revela possível quando demonstrados a redução da capacidade laborativa, em decorrência da lesão, e o nexo causal.

3. No caso, o Tribunal de origem, com base no laudo pericial, concluiu que inexistia nexo causal entre a doença incapacitante e as atividades laborativas exercidas pela parte autora, motivo pelo qual o benefício não é devida a pretendida transformação da aposentadoria por invalidez em aposentadoria acidentária.

4. Assim, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGARESP 201300701616, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:20/04/2015).

Malgrado sustente a apelante a necessidade de produção de provas, verifica-se no presente feito que os documentos acostados são suficientes para o deslinde da causa.

Como se observa, a análise do ponto controvertido consistia “não na definição das atividades do autor, mas em precisar quais são as tarefas que distinguem o cargo de analista e técnico do seguro social, a fim de averiguar se houve desvio de função”, tratando-se de matéria meramente de direito, sendo desnecessária a produção de provas.

Logo, rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

Da prescrição

Conforme dispõe o artigo 1º Decreto nº 20.910/32, as dívidas da Fazenda Pública prescrevem em cinco anos.

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.

Deve-se observar, entretanto, que se a dívida for de trato sucessivo, não há prescrição do todo, mas apenas da parte atingida pela prescrição, conforme o artigo 3º daquele ato normativo:

Artigo 3º - Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.

Na jurisprudência, a questão foi pacificada após o STJ editar a Súmula de n. 85, de seguinte teor:

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.

Prevalece no âmbito da jurisprudência do STJ, pela sistemática do artigo 543-C do CPC, esse entendimento:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n 8/2008, está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32). 2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial.

dencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 1.238.260/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 5.5.2011; REsp 1.217.933/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.4.2011; REsp 1.182.973/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10.2.2011; REsp 1.066.063/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.2008; EREsp 1.066.063/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22/10/2009). A tese do prazo prescricional trienal também é defendida no âmbito doutrinário, dentre outros renomados doutrinadores: José dos Santos Carvalho Filho (“Manual de Direito Administrativo”, 24ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011, págs. 529/530) e Leonardo José Carneiro da Cunha (“A Fazenda Pública em Juízo”, 8ª ed, São Paulo: Dialética, 2010, págs. 88/90). 3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002. 4. 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 o Superior Tribunal de Justiça 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). 6. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2012; AgRg nos EREsp 1.200.764/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 6.6.2012; AgRg no REsp 1.195.013/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.5.2012; REsp 1.236.599/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 131.894/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.4.2012; AgRg no AREsp 34.053/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 36.517/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.2.2012; EREsp 1.081.885/RR, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 1º.2.2011. 7. No caso concreto, a Corte a quo, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente reformou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema. 8. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1251993/PR, 1ª Seção, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 12/12/2012, DJE 19/12/2012)

Dessa forma, o prazo prescricional é quinquenal.

Tendo a presente ação sido ajuizada em 06.09.2012, encontram-se prescritas eventuais prestações anteriores a 09.09.2007.

Do pedido de reenquadramento

Cumprir registrar que os cargos públicos no Brasil estão submetidos à rígida disciplina

constitucional, segundo a qual a investidura “*depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei*” (art. 37, II, da CRFB).

Nesse passo, se a lei contemplasse a previsão de reenquadramento funcional certamente o texto normativo não passaria pelo crivo da constitucionalidade, pois estaria criando hipótese de ascensão funcional, forma de provimento que não é compatível com a Constituição da República, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 231-7.

A Constituição vedou praticamente toda forma de transposição de cargos, exceção feita àquelas excepcionais hipóteses em que determinada carreira tenha sido extinta, devendo ser promovida a reclassificação dos servidores que a ocupavam. Repito que sequer o art. 19, do ADCT da CF/88, teve o condão de promover dita equiparação para todos os fins jurídicos.

A respeito do tema, atente-se para os seguintes julgados do STF:

A exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia. O constituinte, todavia, inseriu no art. 19 do ADCT norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores não concursados da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, quando da promulgação da CF, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público.

A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção à regra da exigência de concurso para o ingresso no serviço público já estabelecida no ADCT Federal. Precedentes: ADI 498, Rel. Min. Carlos Velloso (DJ de 9-8-1996) e ADI 208, Rel. Min. Moreira Alves (DJ de 19-12-2002), entre outros.

(ADI 100, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, julgamento em 09/09/2004, Plenário, DJ de 01/10/2004).

Constitucional. Servidor público: provimento derivado: inconstitucionalidade: efeito *ex nunc*. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica. I - A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos - 1987 a 1992 -, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17-2-1993, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do art. 8º, III; do art. 10, parágrafo único; do art. 13, § 4º; do art. 17 e do art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27-8-1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 25-6-1999. II - Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos. III - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV - RE conhecido, mas não provido.

(RE 442.683, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 13/12/2005).

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A PORTARIA 286/2007, DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. ALTERAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE TÉCNICO DE APOIO ESPECIALIZADO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE SEGURANÇA. DIREITO À PERCEPÇÃO DA GRATIFICAÇÃO INSTITUÍDA PELO ART. 15 DA LEI 11.415/2006. 1. Os cargos públicos, que consistem num “conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor” (art. 3º da Lei 8.112/90), são criados por lei e providos, se em caráter efetivo, após a indispensável realização de concurso público

específico. 2. A Portaria PGR/MPU nº 286/2007 operou verdadeira transposição inconstitucional de cargos. Inconstitucional porque: a) a portaria é “meio juridicamente impróprio para veicular norma definidora das atribuições inerentes a cargo público” (MS 26.955, Rel. Min. Cármen Lúcia); b) houve alteração substancial das atribuições dos cargos titularizados pelos impetrantes. 3. Têm os autores direito à percepção da Gratificação de Atividade de Segurança (GAS), instituída pelo art. 15 da Lei 11.415/2006, pois exercem funções de segurança. 4. Segurança concedida. (MS 26740, Rel. Min. AYRES BRITTO).

Tanto por isso, as Cortes têm enfatizado que a ascensão funcional não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS. PROVIMENTO DERIVADO DE CARGO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL. CORPO DE BOMBEIROS. PROMOÇÃO DE OFICIAL AO POSTO DE MAJOR. ATRIBUIÇÃO DO CHEFE DO EXECUTIVO. DISCRICIONARIEDADE. PRECEDENTES. 1. A Constituição Federal de 1988, mais especificamente no seu art. 37, inciso II, dispõe que a investidura em cargo público exige a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. 2. A transposição de cargos públicos requerida pelo impetrante, modalidade de provimento derivado, é vedada pela Constituição da República, motivo pelo qual não merece reforma o acórdão recorrido que reconheceu a inconstitucionalidade dos Decretos Estaduais que previam tal modalidade de investidura em cargo público. 3. Recurso ordinário improvido. (STJ, ROMS 200501910983, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, DJE 23/11/2009).

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROGRESSÃO FUNCIONAL DE CARREIRA DE NÍVEL MÉDIO PARA OUTRA DE NÍVEL SUPERIOR. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. ASCENSÃO FUNCIONAL. FORMA DE PROVIMENTO NÃO RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. O autor, ocupante do cargo de nível médio, pretende ser enquadrado no cargo de Assistente Técnico-Administrativo III, de nível superior, sob o argumento de que seu posicionamento se deu com respaldo em parecer emitido pela Administração Pública, o qual possui força normativa e não poderia ser desconstituído ante a garantia constitucional do direito adquirido. 2. É pacífico o entendimento de que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o ingresso em cargos públicos deverá ser precedido de concurso público, ressalvadas as hipóteses previstas no próprio texto constitucional. 3. O autor ocupa cargo de nível médio e almeja ser investido em cargo de nível superior para o qual não foi habilitado em concurso público, não possuindo sequer formação universitária. Logo, excluída a hipótese de promoção funcional - a qual se processa na mesma carreira - o pleito autoral não merece acolhimento, pois a ascensão funcional é modalidade de provimento não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme pacífica jurisprudência do STF. 4. Emerge cristalina a nulidade do ato de transposição do autor para o cargo de Assistente Técnico-Administrativo III, de nível superior, sem a realização de concurso público e sem a habilitação específica para o exercício do aludido cargo. Por isso que a Administração Pública, no exercício do poder-dever que lhe é inerente, efetuou o posterior reenquadramento do demandante, adequando sua situação funcional ao que dispõe a legislação pertinente. 5. Apelação desprovida. (TRF1, AMS 00373076219964010000, Relatora Juíza Convocada ADVERCI RATES MENDES DE ABREU, e-DJF1 21/09/2012, p. 1287).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ANALISTA TRIBUTÁRIO. AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL. PROMOÇÃO E ASCENSÃO FUNCIONAL. CARGO DE AUDITOR QUE NÃO INTEGRA A CARREIRA DE ANALISTA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Analista Tributário não pode ser promovido para o cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, que não é desdobramento da carreira. Trata-se de cargos com atribuições diversas e providos por acesso através de diferentes concursos público. Inviabilidade de concurso interno ou provimento derivado, bloqueada pela sólida e correta interpretação do art. 37, II, da Lei Maior. Apelo desprovido.

(TRF2, AC 201351010076844, Rel. Des. Fed. GUILHERME COUTO, E-DJF2R 13/06/2014).

ADMINISTRATIVO. ANALISTA-TRIBUTÁRIO. PROMOÇÃO. CARGO DE AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. INVIABILIDADE. 1. A MP 1.915/99, convertida na Lei 10.593/02, reestruturou a Carreira da Auditoria do Tesouro Nacional, criando a Carreira de Auditoria da Receita Federal (redação original), composta pelos cargos de nível superior de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007). 2. Trata-se de cargos distintos, com formas de provimento também diferenciadas, uma vez que o servidor presta concurso para um ou outro cargo, dado que não há coincidência de atribuições entre ambas. Não sendo as funções efetivamente desempenhadas pelos postulantes iguais àquelas insitas ao cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, não é possível alcançar-se a ascensão objetivada, uma vez que o acesso para este último somente pode se dar por intermédio de concurso público específico, na forma do inciso II do artigo 37 da CF/88. 3. Não se estando diante de carreiras escalonadas, não consistindo a carreira de Analista-Tributário o degrau antecessor da carreira de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, não há falar em viabilidade de outorga de progressão funcional, eis que eis que não se está diante de um mesmo cargo público, ainda que dentro da mesma carreira, sendo diverso o vínculo para com a Administração, não sendo possível albergar-se o pleito de transposição.

(TRF4, AC 0026279-36.2008.404.7100, Rel. Des. Fed. LUIS ALBERTO D'AZEVEDO AUR-VALLE, D.E. 13/12/2013).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ANALISTA TRIBUTÁRIO DA RECEITA FEDERAL. PRETENSÃO DE ENQUADRAMENTO NO CARGO DE AUDITOR FISCAL. CARREIRAS DISTINTAS. ASCENSÃO FUNCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os cargos públicos, com exceção dos cargos em comissão, passaram a ser providos por concurso público de provas ou provas e títulos, restando abolida qualquer forma indireta de ingresso no serviço público. 2. O art. 4º do Decreto-lei nº 2.225/85, que previa a ascensão funcional dos Técnicos do Tesouro Nacional (atualmente Analistas-Tributários) para o cargo de Auditor Fiscal, não foi recepcionado pelo novo ordenamento constitucional, pois os referidos cargos pertencem a carreiras distintas, com atribuições e atividades diversas, bem como diferentes requisitos de investidura. 3. Apelação desprovida.

(TRF5, AC 00029218920124058000, Rel. Des. Fed. LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, DJE 7/12/2012, p. 68).

Daí o relevo da Súmula Vinculante nº 43 da Suprema Corte, assim concebida:

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

A Lei n. 10.855/2002, que “dispõe sobre a reestruturação da Carreira Previdenciária, de que trata a Lei nº 10.355, de 26 de dezembro de 2001, instituindo a Carreira do Seguro Social, e dá outras providências”, foi alterada pela Lei n. 11.501/2007, estabelecendo em seu artigo 10, *in verbis*:

Art. 5º Os cargos de provimento efetivo de nível auxiliar e intermediário integrantes da Carreira do Seguro Social do Quadro de Pessoal do INSS cujas atribuições, requisitos de qualificação, escolaridade, habilitação profissional ou especialização exigidos para ingresso sejam idênticos ou essencialmente iguais ficam agrupados em cargos de mesma denominação e atribuições gerais, conforme estabelecido no Anexo V desta Lei, passando a denominar-se: (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

I - os cargos de nível auxiliar: Auxiliar de Serviços Diversos; e (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

II - os cargos de nível intermediário: (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

a) Agente de Serviços Diversos; (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

b) Técnico de Serviços Diversos; ou (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

c) Técnico do Seguro Social; (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

III - (revogado) (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

Art. 5º-A Os cargos de provimento efetivo de nível superior de Analista Previdenciário integrantes da Carreira do Seguro Social do Quadro de Pessoal do INSS, mantidas as atribuições gerais, passam a denominar-se Analista do Seguro Social. (Incluído pela Lei nº 11.501, de 2007)

Bem se vê que o referido dispositivo legal transformou em cargo de Analista do Seguro Social somente os cargos efetivos que exigiram formação superior para o seu ingresso na carreira, conforme sustentando pelo INSS em sede de contestação, assertiva não negada pelo autor.

Assim, irrelevante o fato de que o autor, por ocasião da edição da Lei 11.501/2007, já tivesse diploma de nível superior, pois a exigência é inerente e intrínseca ao cargo, e não à pessoa natural que eventualmente o ocupa.

Logo, não tendo o autor sido admitido por concurso para cargo de nível superior, descabido o pleito de reenquadramento para cargo de referido nível superior.

Do pedido de indenização/ desvio de função

O pedido de indenização tem por pressuposto o reconhecimento de desvio de função administrativa para o exercício de atividades típicas do cargo de analista do Seguro Social, em descompasso com o cargo ostentado pelo autor, de Técnico do Seguro Social.

Por outro lado, no âmbito da dinâmica ligada à estruturação ou reestruturação de carreiras e cargos públicos, as atividades e os vencimentos decorrem da necessidade de adequação conforme os atributos peculiares a cada cargo ou atividade.

O desvio de função se caracteriza pela realização de atividades diversas daquelas que são inerentes ao cargo no qual o servidor foi empossado, realizando trabalho devido a cargo diferente do que ocupa.

No caso concreto, o autor ostenta o cargo de Técnico do Seguro Social nos quadros do INSS e alega ter exercido funções típicas de Analista do Seguro Social.

O conjunto probatório é inapto a demonstrar o alegado desvio de função e consequente necessidade de indenização.

A Lei n. 10.667/2003 assim elevou as atribuições de cada cargo:

Art. 6º Os cargos de Analista Previdenciário e Técnico Previdenciário, criados na forma desta Lei, têm as seguintes atribuições:

I - Analista Previdenciário:

- a) instruir e analisar processos e cálculos previdenciários, de manutenção e de revisão de direitos ao recebimento de benefícios previdenciários;
- b) proceder à orientação previdenciária e atendimento aos usuários;
- c) realizar estudos técnicos e estatísticos; e
- d) executar, em caráter geral, as demais atividades inerentes às competências do INSS;

II - Técnico Previdenciário: suporte e apoio técnico especializado às atividades de competência do INSS.

Parágrafo único. O Poder Executivo poderá dispor de forma complementar sobre as atribuições decorrentes das atividades a que se referem os incisos I e II.

A Lei 11.501/2007 trouxe alterações à Lei 10.855/2004, a qual disciplina as atribuições dos cargos de técnico do seguro social nos seguintes termos:

Art. 5º Os cargos de provimento efetivo de nível auxiliar e intermediário integrantes da Carreira do Seguro Social do Quadro de Pessoal do INSS cujas atribuições, requisitos de qualificação, escolaridade, habilitação profissional ou especialização exigidos para ingresso sejam idênticos ou essencialmente iguais ficam agrupados em cargos de mesma denominação e atribuições gerais, conforme estabelecido no Anexo V desta Lei, passando a denominar-se: (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

I - os cargos de nível auxiliar: Auxiliar de Serviços Diversos; e (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

II - os cargos de nível intermediário: (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

a) Agente de Serviços Diversos; (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

b) Técnico de Serviços Diversos; ou (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

c) *Técnico do Seguro Social*; (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

Art. 5º-A Os cargos de provimento efetivo de nível superior de Analista Previdenciário integrantes da Carreira do Seguro Social do Quadro de Pessoal do INSS, mantidas as atribuições gerais, passam a denominar-se Analista do Seguro Social. (Incluído pela Lei nº 11.501, de 2007)

Art. 5º-B As atribuições específicas dos cargos de que tratam os arts. 5º e 5º-A desta Lei serão estabelecidas em regulamento. (Incluído pela Lei nº 11.501, de 2007)

(...)

Anexo V

TÉCNICO DO SEGURO SOCIAL

Realizar atividades técnicas e administrativas, internas ou externas, necessárias ao desempenho das competências constitucionais e legais a cargo do INSS, fazendo uso dos sistemas corporativo e dos demais recursos disponíveis para a consecução dessas atividades.

Considerado o disposto no artigo 5º-B da Lei n 10.855/04, também incluído pela Lei n 11.501/07, as atribuições do cargo de Analista do Seguro Social serão estabelecidas em regulamento, de modo que, até que sobreviesse tal regulamento, tais atribuições haviam que ser reconhecidas como aquelas inerentes ao cargo de Analista Previdenciário, dispostas no mencionado inciso I do art. 6 da Lei n 10.667/03.

Em 28.01.2016 sobreveio a edição do Decreto n 8.653/16, publicada 29.01.2016, em que dispondo acerca das atribuições específicas e comuns dos cargos de Analista do Seguro

Social e Técnico do Seguro Social, de que trata a Lei n 10.855/04:

Art. 2º São *atribuições específicas do cargo de Analista do Seguro Social*, respeitada a formação acadêmica exigida e sem prejuízo do disposto no art. 40:

I - planejar, coordenar, supervisionar e executar tarefas relativas à análise de processos administrativos;

II - propor planos, projetos, programas, diretrizes e políticas de atuação no âmbito das finalidades institucionais do INSS;

III - realizar perícias e emitir pareceres e laudos;

IV - organizar e executar os serviços de contabilidade, escriturar livros contábeis, realizar perícias, rever balanços e executar outras atividades de natureza técnica conferida aos profissionais de contabilidade;

V - planejar e executar estudos, projetos, análises e vistorias, realizar perícias, fiscalizar, dirigir e executar obras e serviços técnicos prediais, de instalações, de sistemas lógicos, de redes e de sistemas de controle e gerenciamento de riscos;

VI - planejar e executar estudos, projetos arquitetônicos, projetos básicos e executivos, fazer análises e vistorias, realizar perícias e fiscalizar, dirigir e executar obras e serviços técnicos prediais;

VII - planejar e executar estudos, projetos, análises e vistorias, realizar perícias, fiscalizar, dirigir e executar obras e serviços técnicos na área de tecnologia da informação, de sistemas lógicos e de segurança e de redes;

VIII - analisar, avaliar e homologar, mediante a utilização de técnicas e métodos terapêuticos, os aspectos referentes a potenciais laborativos e socioprofissionais, em programas profissionais ou de reabilitação profissional;

IX - atender os segurados em avaliação ou em programa de reabilitação profissional e avaliar, supervisionar e homologar os programas profissionais realizados por terceiros ou instituições conveniadas;

X - analisar, planejar, orientar e avaliar projetos, perfis profissiográficos e profissionais, políticas de recrutamento e seleção e de reabilitação profissional;

XI - analisar, coordenar, desenvolver, implantar e emitir parecer de projeto educacional, pedagógico e de educação continuada; e

XII - exercer, mediante designação da autoridade competente, outras atividades relacionadas às finalidades institucionais do INSS, compatíveis com a natureza do cargo ocupado.

Art. 3º São *atribuições específicas do cargo de Técnico do Seguro Social*, sem prejuízo do disposto no art. 40:

I - realizar atividades internas e externas relacionadas ao planejamento, à organização e à execução de tarefas que não demandem formação profissional específica; e

II - exercer, mediante designação da autoridade competente, outras atividades relacionadas às finalidades institucionais do INSS, compatíveis com a natureza do cargo ocupado.

Art. 4º São *atribuições comuns aos cargos de Analista do Seguro Social e de Técnico do Seguro Social*:

I - atender o público;

II - assessorar os superiores hierárquicos em processos administrativos;

III - executar atividades de instrução, tramitação e movimentação de processos, procedimentos e documentos;

IV - executar atividades inerentes ao reconhecimento de direitos previdenciários, de direitos vinculados à Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e de outros direitos sob a responsabilidade do INSS;

V - elaborar e executar estudos, relatórios, pesquisas e levantamento de informações;

VI - elaborar minutas de editais, de contratos, de convênios e dos demais atos administrativos e normativos;

- VII - avaliar processos administrativos, para oferecer subsídios à gestão e às tomadas de decisão;
- VIII - participar do planejamento estratégico institucional, das comissões, dos grupos e das equipes de trabalho e dos planos de sua unidade de lotação;
- IX - atuar na gestão de contratos, quando formalmente designado;
- X - gerenciar dados e informações e atualizar sistemas;
- XI - operacionalizar o cumprimento das determinações judiciais;
- XII - executar atividades de orientação, informação e conscientização previdenciárias;
- XIII - subsidiar os superiores hierárquicos com dados e informações da sua área de atuação;
- XIV - atuar no acompanhamento e na avaliação da eficácia das ações desenvolvidas e na identificação e na proposição de soluções para o aprimoramento dos processos de trabalho desenvolvidos;
- XV - executar atividades relacionadas à gestão do patrimônio do INSS; e
- XVI - atuar em atividades de planejamento, supervisão e coordenação de projetos e de programas de natureza técnica e administrativa.

Como se observa, o decreto especificou que as tarefas de maior complexidade intelectual ficavam a cargo dos Analistas do Seguro Social e apontou as atribuições comuns aos cargos de Analista e de Técnico do Seguro Social, que sempre foram desempenhadas no âmbito do INSS por agentes públicos de nível superior e de nível intermediário.

Da análise do conjunto probatório produzido nos autos e da descrição de atividades na Lei 10.855/2004, não se depreende, inequivocamente, o distanciamento das atividades “*técnicas e administrativas, internas ou externas, necessárias ao desempenho das competências constitucionais e legais a cargo do INSS*”, e relacionadas ao cargo de Técnico do Seguro Social.

Veja-se que, na sua essência, a competência do INSS é de analisar os pedidos de benefícios previdenciários e, em caso de confirmação com os documentos trazidos pelos requerentes, concedê-los.

Nessa linha de raciocínio, o cargo de técnico contempla o apoio especializado a esta competência própria da autarquia, não se divorciando das atividades referidas.

Com efeito, as atribuições exercidas pelo autor encontram compatibilidade com o cargo técnico na autarquia previdenciária.

Registre-se que a prova testemunhal revelou que as atividades do analista e do técnico do seguro social eram de atendimento público e análise de processo de aposentadoria, vínculos trabalhistas e liberação da concessão pagamento ou indeferimento do pedido, expedição de certidão de tempo de serviço. Tais atribuições são comuns aos cargos, conforme previsão no artigo 4º do Decreto n. 8.653/16.

Nesse prisma, a disciplina de trabalho observa divisão dos cargos, a afastar a ideia de que o desempenho das atividades do autor envolvem, de maneira global, aquelas reservadas ao cargo de analista.

A parte autora ainda fundamenta sua pretensão no Memo Circular n. 39 do INSS, datado de 29.09.2009, alegando que o próprio INSS reconheceu que as atribuições dos cargos de Técnicos e Analistas do Seguro Social se confundiam.

Contudo, verifica-se do referido Memo Circular n. 39 do INSS que as agências tomaram ciência acerca das atribuições dos cargos de Técnicos e Analistas do Seguro Social definida na Nota Técnica PFE/INSS/CGMADM/DPES n. 288/2009 da Procuradoria Federal Especializada - INSS (fls. 88/102).

Nesse ponto, a parte autora não demonstrou o descumprimento da orientação após a comunicação dessa nota técnica, ou seja, no alegado período em que ocorreu desvio de função, no caso em tela a partir de 09/2007, considerada a prescrição quinquenal.

Por todas as considerações, verifico a correspondência entre as atividades funcionais desenvolvidas pelo autor e o cargo ostentado, pautado na ideia que é da competência legal e constitucional da autarquia previdenciária o exame de pedidos de benefícios previdenciários.

O conjunto probatório mostra que as atribuições exercidas pelo autor encontram compatibilidade com o cargo técnico na autarquia previdenciária.

Dessa forma, descabido o pedido de indenização, dada a não caracterização do desvio de função.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF:

DESVIO DE FUNÇÃO - ENQUADRAMENTO. O fato de ocorrer o desvio de função não autoriza o enquadramento do servidor público em cargo diverso daquele em que foi inicialmente investido, mormente quando não estão compreendidos em uma mesma carreira. O deferimento do pedido formulado, passando o servidor de Motorista Diarista a Detetive de Terceira Classe sem o concurso público, vulnera o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. (RE 165128/RJ, Relator Ministro MARCO AURÉLIO).

Ilustram esse entendimento, os julgados proferidos pelas Turmas desta Corte Regional:

APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR - PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA - REDISTRIBUIÇÃO - ENQUADRAMENTO COMO POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL - DESVIO DE FUNÇÃO NÃO CONFIGURADO - RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (...) 2. A prova dos autos é no sentido de que o apelante era médico no INSS e como tal foi cadastrado no Departamento de Polícia Rodoviária Federal, subordinado ao Ministério da Justiça, onde, segundo os documentos colacionados ao feito, continuou a exercer a função de médico. Não há, no processo, uma única prova de que ele efetivamente exerceu atividades de patrulheiro ou de policial rodoviário, a caracterizar o desvio de função. 3. A legislação invocada pelo demandante tampouco lhe socorre no pleito de enquadramento como policial rodoviário federal, à luz do que dispõem o art. 37, II, da Lei Maior e o art. 37 da Lei nº 8.112/90. 4. Preliminar rejeitada. Recurso improvido. Sentença mantida. (AC 200503990228455, 5ª Turma, Relatora Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE, D.E. 09/03/2010).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. AGENTE DE PORTARIA. PEDIDO DE ENQUADRAMENTO NO CARGO DE POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. DESVIO DE FUNÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA. I - Pedido de reenquadramento funcional decorrente de aduzida redistribuição que não encontra fundamento no ordenamento jurídico e que não se confunde com a hipótese tratada no artigo 37 da Lei nº 8.212/90. II - Ausência de provas do alegado desvio de função, uma vez que o pedido do autor veio acompanhado de escalas de trabalho, relatório de ronda e boletins administrativos em que sequer consta o seu nome. III - Agravo legal desprovido. (AC 200403990400041, 2ª Turma, Relator Des. Fed. COTRIM GUIMARÃES, j. 23/08/2011, D.E. 02/09/2011).

Logo, de rigor a manutenção da sentença de improcedência do pedido.

Das verbas sucumbenciais

Com relação à verba sucumbencial, o juízo *a quo* a arbitrou com base no piso da tabela de honorários da OAB/SP (R\$ 4.144,73).

Na hipótese, cabível a fixação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo do art. 85 do CPC/2015.

Mantida a decisão em grau recursal, impõe-se a majoração dos honorários por incidência do disposto no §11º do artigo 85 do NCPC.

Assim, considerado os parâmetros do artigo 85, § 2º e § 3º, I do CPC, devem ser majorados os honorários advocatícios a serem pagos pelo autor, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, pelo que fixo em 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CÍVEL

0005912-12.2016.4.03.6106

Recorrente: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
Apelado: SINDICATO DOS TRANSPORTADORES RODOVIÁRIOS AUTÔNOMOS
DE BENS OU TRANSP. AUTÔNOMO DE CARGAS DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
E REGIÃO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/04/2020

DECISÃO

No caso em comento, a recorrente manejou ambos os *recursos excepcionais (Especial e Extraordinário)*. Abaixo segue análise de admissibilidade dos dois recursos.

1. Recurso Especial

Cuida-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, interposto pela *Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT* contra acórdão proferido por órgão fracionário desta Corte.

O v. acórdão encontra-se assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RESOLUÇÃO Nº 4.799/2015. ILEGALIDADE. LEI Nº 11.442/2007. RECURSO DESPROVIDO.

I - A vedação imposta pela Resolução nº 4.799/2015 vai contra a Lei nº 11.442/2007, que não veio a limitar o número de veículos para registro, exigindo apenas a comprovação de ser proprietário, coproprietário ou arrendatário de pelo menos 01 veículo automotor de carga registrado em seu nome.

II - Ademais, a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, o qual se encontra expressamente previsto pelo artigo 37 da Constituição Federal.

III - *In casu*, a r. sentença merece ser mantida em seu inteiro teor, nas exatas razões e fundamentos nela expostos, os quais tomo como alicerce desta decisão e não há como alegar que não houve violação ao princípio da legalidade.

IV - Apelação não provida.

A recorrente sustenta violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, ambos do Código de Processo Civil; arts. 12, VII e 24, IV, ambos da Lei 10.233/2001; art. 2º, §1º, I, da Lei 11.442/2007; e art. 1º da Lei 7290/1984.

Pugna pela admissibilidade recursal para viabilizar a reforma do acórdão recorrido pela Corte Superior, ante o acolhimento das alegações apontadas em suas razões de recorrer.

Decido.

Cinge-se a controvérsia recursal, especialmente, acerca da aplicabilidade de dispositivo de Resolução emitida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

O órgão colegiado desta Corte Regional consignou que a limitação a 3 (três) do número de veículos registrados em nome do transportador autônomo de cargas junto ao Registro

Nacional de Transportes Rodoviários de Cargas, imposta pela Resolução 4799/2015, viola os ditames da Lei 11.442/2007, que não impõe tal restrição.

A recorrente alega que a ANTT tem competência para editar normas e regulamentos sobre transporte, lhe sendo permitido impor restrição, mediante resolução, ao número de veículos existentes na frota de transportadores autônomos de carga.

Primeiramente, no que pertine à alegação de suposta violação ao art. 1.022/CPC, uma vez que a decisão recorrida analisou detidamente as circunstâncias peculiares do caso concreto, não se deve confundir obscuridade, omissão ou contradição com simples julgamento desfavorável à parte. Ademais o acórdão recorrido enfrentou o cerne da controvérsia submetida ao Judiciário, consistindo em resposta jurisdicional plena e suficiente à solução do conflito e à pretensão das partes, conforme entendimento pacífico do E. STJ.

De outro giro, encontrando-se o acórdão suficientemente fundamentado, inexistente alegada violação ao art. 489/CPC. Destaca-se, por oportuno que fundamentação contrária ao interesse da parte não significa ausência de motivação, conforme entendimento consolidado na Corte Superior.

Por tais fundamentos, destaca-se:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 11, 489 E 1022 DO CPC. INOCORRÊNCIA. (...)

1. Constata-se que não se configurou a ofensa aos arts. 11, 489 e 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

2. Na hipótese dos autos, a parte insurgente busca a reforma do aresto impugnado, sob o argumento de que o Tribunal local não se pronunciou sobre o tema ventilado no recurso de Embargos de Declaração. Todavia, constata-se que o acórdão impugnado está bem fundamentado, inexistindo omissão ou contradição.

3. Registre-se, portanto, que da análise dos autos extrai-se ter a Corte de origem examinado e decidido, fundamentadamente, todas as questões postas ao seu crivo, não cabendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

(...)

5. Recurso Especial parcialmente conhecido, apenas no tocante à violação do art. 1022 do CPC e, nessa parte, não provido.

(REsp 1814271/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 01/07/2019)

No tocante à legalidade da limitação imposta pela Resolução 4799/2015, concernente ao número de veículos registrados em nome dos transportadores autônomos de carga, verifico que, a princípio, não foi encontrado precedente do E. Superior Tribunal de Justiça, pelo que se afigura pertinente o trânsito recursal.

Ante o exposto, *admito* o recurso especial.

Int.

2. Recurso Extraordinário

Cuida-se de recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a” da Constituição Federal, interposto por *Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT* contra

acórdão proferido por órgão fracionário desta Corte.

O v. acórdão encontra-se assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RESOLUÇÃO Nº 4.799/2015. ILEGALIDADE. LEI Nº 11.442/2007. RECURSO DESPROVIDO.

I - A vedação imposta pela Resolução nº 4.799/2015 vai contra a Lei nº 11.442/2007, que não veio a limitar o número de veículos para registro, exigindo apenas a comprovação de ser proprietário, coproprietário ou arrendatário de pelo menos 01 veículo automotor de carga registrado em seu nome.

II - Ademais, a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, o qual se encontra expressamente previsto pelo artigo 37 da Constituição Federal.

III - *In casu*, a r. sentença merece ser mantida em seu inteiro teor, nas exatas razões e fundamentos nela expostos, os quais tomo como alicerce desta decisão e não há como alegar que não houve violação ao princípio da legalidade.

IV - Apelação não provida.

A recorrente sustenta violação aos arts. 84, IV e 170 e 174, todos da Constituição Federal.

Pugna pela admissibilidade recursal para viabilizar a reforma do acórdão recorrido pela Corte Superior, ante o acolhimento das alegações apontadas em suas razões de recorrer.

Decido.

Cinge-se a controvérsia recursal, especialmente, acerca da aplicabilidade de dispositivo de Resolução emitida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

O órgão colegiado desta Corte Regional consignou que a limitação a 3 (três) do número de veículos registrados em nome do transportador autônomo de cargas junto ao Registro Nacional de Transportes Rodoviários de Cargas, imposta pela Resolução 4799/2015, viola os ditames da Lei 11.442/2007, que não impõe tal restrição.

A recorrente alega que a ANTT tem competência para editar normas e regulamentos sobre transporte, lhe sendo permitido impor restrição, mediante resolução, ao número de veículos existentes na frota de transportadores autônomos de carga.

O recurso não comporta admissão em razão da existência de óbice intransponível ao trânsito recursal.

Inicialmente, destaque-se que a solução da controvérsia se deu exclusivamente pela interpretação da legislação infraconstitucional.

Com efeito, para o manejo do recurso extremo, o E. Supremo Tribunal Federal exige não apenas o prequestionamento explícito dos dispositivos constitucionais debatidos, sendo também imprescindível que a questão tratada tenha cunho constitucional.

Verifica-se que os dispositivos constitucionais indicados nas razões recursais não foram enfrentados por esta Corte, pelo que a pretensão recursal carece de prequestionamento. Tampouco a recorrente manejou os embargos declaratórios para suprir suposta omissão.

A propósito, confira-se a jurisprudência do Pretório Excelso:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE DEBATE NO TRIBUNAL DE ORIGEM SOBRE A AFRONTA CONSTITUCIONAL APONTADA. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO NÃO DEMONSTRADO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VERBA HONORÁRIA

MAJORADA EM 1%, PERCENTUAL QUE SE SOMA AO FIXADO NA ORIGEM, OBEDECIDOS OS LIMITES DOS §§ 2º, 3º E 11 DO ART. 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015, RES-SALVADA EVENTUAL CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA, E MULTA APLICADA NO PERCENTUAL DE 1%, CONFORME O § 4º DO ART. 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(ARE 1144189 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 06/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018)

Ainda que assim não fosse, inobstante a decisão recorrida tenha mencionado tema constitucional – necessidade de observância ao artigo 37 da CF –, o debate dos autos refere-se à discussão acerca da aplicabilidade de norma constante de Resolução da ANTT, tendo sido resolvida por análise exclusiva da legislação infraconstitucional. Nesse passo, eventual violação a dispositivo constitucional, se houver, será meramente reflexa, não ensejando o manejo do recurso extraordinário.

Ante o exposto, *não admito* o recurso extraordinário.

Int.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA

APELAÇÃO CÍVEL

5001151-83.2017.4.03.6115

Apelante: ROSEMEIRE DE ARAUJO RANGNI

Apeladas: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS, UNIÃO FEDERAL, FUNDAÇÃO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DO PODER EXECUTIVO (FUNPRESP-EXE)

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2020

EMENTA

CIVIL. PROCESSO CIVIL. SERVIDOR. REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. ENQUADRAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA FUNPRESP. LEGITIMIDADE PASSIVA UNIÃO. DATA DE INGRESSO. NOMEAÇÃO E POSSE. APELAÇÃO NEGADA.

1. A controvérsia do presente caso trata-se sobre quando deve ser considerada a data de investidura do servidor público no cargo para enquadramento no regime previdenciário.
2. Vale ressaltar que a Constituição Federal em seu art. 40, dispôs sobre o regime de previdência complementar dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
3. A Lei nº 12.618/2012 instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargos efetivos, obrigatório àqueles que ingressaram no serviço público após o início da vigência do aludido diploma e facultativo aos que entraram até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar, qual seja 04/02/2013 (cf. Portaria 44/13 do Ministério da Previdência Social).
4. A Lei acima mencionada faz referência expressa a servidores "*que tenham ingressado no serviço público*". Dessa forma, para a solução da controvérsia necessário de faz entender o significado da palavra "ingressado", no contexto do serviço público.
5. O ingresso no serviço público se dá mediante a investidura no cargo público, a qual, por se tratar de ato complexo, é composta pela nomeação e posse. Sendo assim, entende-se que a investidura em cargo público de candidato nomeado, somente ocorre com a sua posse, momento no qual é a aperfeiçoada a relação funcional entre o servidor público e o Estado.
6. Conforme se depreende dos documentos juntados aos autos, a apelante foi nomeada para o cargo de professor pelo Ato GR nº 093, de janeiro de 2013, publicado em 30/01/2013 no DOU, mas somente tomou posse no dia 14/02/2013.
7. Assim, verifica-se que a que a relação jurídica entre a apelante e o Estado somente se aperfeiçoou em 14/02/2013, data esta que deve ser considerada para o enquadramento no regime previdenciário. E, sendo posterior à vigência do regime de previdência complementar, não merece reforma a sentença recorrida.
8. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, deu provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação da União Federal, para denegar a segurança pleiteada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Rosimeire de Araújo Rangini em face de sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Nas razões recursais, a parte autora alega, em síntese, a legitimidade passiva da FUNPRESP, bem como que deve ser considerada a data e que foi nomeada para o cargo público como data inicial para enquadramento no regime previdenciário.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

Da ilegitimidade passiva da Funpresp

Conforme se depreende dos autos, a apelante não aderiu a nenhum plano de previdência complementar administrado pela Funpresp, nem possui qualquer reserva financeira aportada na entidade.

Sendo assim, tendo em vista que a demanda diz respeito ao enquadramento previdenciário da autora feito pela UFSCAR, não há interesse processual para a inclusão da Funpresp na demanda.

Da legitimidade passiva da União

Em relação a alegação de ilegitimidade passiva da União, não merece reforma a sentença recorrida, devendo a União ser mantida no polo passivo, tendo em vista que é a destinatária dos recursos provenientes da contribuição ao plano de seguridade social dos servidores públicos civis das autarquias e fundações públicas, bem como também é responsável pelo pagamento das aposentadorias e pensões.

Do regime previdenciário

A controvérsia do presente caso trata-se sobre quando deve ser considerada a data de investidura do servidor público no cargo para enquadramento no regime previdenciário.

Inicialmente, vale ressaltar que em relação ao regime de previdência complementar dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim dispôs a respeito a Constituição Federal:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência

de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 16. Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

A Lei nº 12.618/2012 instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargos efetivos, obrigatório àqueles que ingressaram no serviço público após o início da vigência do aludido diploma e facultativo aos que entraram até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar, qual seja 04/02/2013 (cf. Portaria 44/13 do Ministério da Previdência Social):

Art. 1º É instituído, nos termos desta Lei, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União.

Parágrafo único. Os servidores e os membros referidos no caput deste artigo que tenham ingressado no serviço público até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar poderão, mediante prévia e expressa opção, aderir ao regime de que trata este artigo, observado o disposto no art. 3º desta Lei.

A Lei acima mencionada faz referência expressa a servidores *“que tenham ingressado no serviço público”*. Dessa forma, para a solução da controvérsia necessário de faz entender o significado da palavra “ingressado”, no contexto do serviço público.

O ingresso no serviço público se dá mediante a investidura no cargo público, a qual, por se tratar de ato complexo, é composta pela nomeação e posse. Sendo assim, entende-se que a investidura em cargo público de candidato nomeado, somente ocorre com a sua posse, momento no qual é a aperfeiçoada a relação funcional entre o servidor público e o Estado.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SEGUNDA PRORROGAÇÃO PARA A POSSE DE CANDIDATO APROVADO E NOMEADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - A investidura em cargo público, de candidato nomeado, ocorre somente com a posse, momento no qual é aperfeiçoada a relação funcional entre o servidor público e o Estado.

III - No caso, a Impetrante não possuía vínculo jurídico com a Administração, sendo incabível a prorrogação da posse, porquanto prerrogativa reservada pela Lei Complementar Estadual n. 68/92, exclusivamente aos servidores públicos por ela regidos.

IV - Recurso ordinário em mandado de segurança improvido.

(RMS 40.964/RO, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 22/05/2017)

Conforme se depreende dos documentos juntados aos autos, a apelante foi nomeada para o cargo de professor pelo Ato GR nº 093, de janeiro de 2013, publicado em 30/01/2013 no DOU, mas somente tomou posse no dia 14/02/2013 (ID nº 102630335).

Assim, verifica-se que a que a relação jurídica entre a apelante e o Estado somente se aperfeiçoou em 14/02/2013, data esta que deve ser considerada para o enquadramento no regime previdenciário. E, sendo posterior à vigência do regime de previdência complementar, não merece reforma a sentença recorrida.

Dos honorários advocatícios

No que concerne aos honorários advocatícios, o seu arbitramento pelo magistrado fundamenta-se no princípio da razoabilidade, devendo, como tal, pautar-se em uma apreciação equitativa dos critérios contidos no § 2.º do artigo 85 do Código de Processo Civil, evitando-se que sejam estipulados em valor irrisório ou excessivo.

Os honorários devem ser fixados em quantia que valorize a atividade profissional advocatícia, homenageando-se o grau de zelo, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, tudo visto de modo equitativo.

Assim, nos termos do artigo 85, §1º, do CPC, condeno a parte apelante ao pagamento de honorários advocatícios recursais no valor de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, cumulativamente com os valores fixados na sentença.

Isto posto, *nego provimento à apelação da parte autora*, para manter a sentença recorrida, nos termos da fundamentação acima.

É o voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
5001326-13.2018.4.03.6125

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelados: JOSÉ CARLOS PIRES E APARECIDA DE FÁTIMA BRAMBILA PIRES

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 23/04/2020

EMENTA

USUCAPIÃO ORDINÁRIO. JUSTO TÍTULO. IMÓVEL ARREMATADO EM HASTA PÚBLICA. CARTA DE ARREMATACÃO EXPEDIDA. OBSTÁCULOS AO REGISTRO IMOBILIÁRIO. BEM ANTERIORMENTE PERTENCENTE À RFFSA. DESAFETAÇÃO DEDUZIDA. REQUISITOS DA USUCAPIÃO PRESENTES.

1. O bem imóvel fora arrecadado em hasta pública, com descrição e individualização certas.
2. Bem anteriormente pertencente à RFFSA, sendo que o Decreto nº 473/92 incluiu a RFFSA no Programa de Desestatização, autorizando a alienação e arrendamento de seus bens e instalações.
3. Fundamento já tratado em Acórdão anterior que modificou a sentença de extinção sem apreciação do mérito.
4. Presentes os requisitos da demanda de usucapião, há de se declarar o domínio dos apelados.
5. Recurso da União a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Cuida-se de Recurso de Apelação da União, em face da sentença de fls. 129/136 dos autos, a qual julgou procedente o pedido contido em ação de usucapião formulado por *José Carlos Pires e Aparecida de Fátima Brambila Pires* em relação ao imóvel constante do memorial descrito de fls. 22 dos presentes, levantamento topográfico planimétrico de fls. 21, servindo dita sentença de título para transcrição e abertura de matrícula junto ao Cartório de Registro de Imóveis de Ourinhos-SP.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 160 dos autos.

É o sucinto relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): O presente Recurso de Apelação da União traz, basicamente, os mesmos argumentos contidos em suas contrarrazões anteriores, ao afirmar que o bem imóvel em questão tem natureza de bem público, da antiga RFFSA, cuidando-se de circunstância que impediria a prescrição aquisitiva.

Entrementes, esta questão já fora devidamente apreciada por este E. Tribunal Federal no âmbito do Acórdão de nº 2013.61.25.000263-9/SP, desta mesma Relatoria, tendo sido provido o recurso dos autores da ação de usucapião, para tornar sem efeito a anterior sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito, a qual se baseara, equivocadamente, nas mesmas razões da ora Apelante.

Com efeito, faz ali constar que somente a partir de 2007, por meio da Lei 11.483, o ativo e passivo da Rede Ferroviária Federal S.A. foram repassados à União e desde o ano de 2001 o imóvel fora arrematado judicialmente pelos apelados, com determinação de imissão de posse (fls. 69), com expedição de competente carta de adjudicação (fls. 70).

Ressalte-se que a alienação do bem aos ora apelados se deu por chancela oficial do Poder Judiciário, com a expedição de respectiva carta de arrematação após regular leilão do bem, acatando-se, pois, a oferta do valor de R\$ 96.000,00. Foi pago, consequentemente, o competente imposto de transmissão e devidamente cadastrado o imóvel perante a Prefeitura Municipal.

Não é demais mencionar que fora editado o Decreto nº 473, em 10/03/92, o qual inseriu a RFFSA no Programa de Desestatização, prevendo seu art. 4º a alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações daquela sociedade de economia mista, determinando que seus bens remanescentes retornasse ao patrimônio da União.

Destaca-se, ainda, que o terreno em questão já se achava devidamente descrito e individualizado naquele edital de hasta pública, bem como junto ao cadastro imobiliário da Prefeitura Municipal de Ourinhos-SP. sob o nº 7.03.14.01.0018.0274.00, assim também fazendo constar da respectiva Carta de Arrematação, tida juridicamente como *justo título*.

Pois bem, se o imóvel em tela - antes pertencente à RFFSA - fora alienado em hasta pública, há de se deduzir tratar-se de um bem alienável, sem afetação ou destinação pública específica, tal como os bens dominicais, assim previstos no art. 101 do Código Civil.

Como afirmado na sentença, os autores adquiriram o imóvel em questão por arrematação, em 18.04.2001 (fls. 64/65), tendo sido pago o competente ITBI, sendo a posse exercida de forma contínua e sem oposição, à luz de testemunhas, e dotados os autores de *justo título*.

A sentença concluiu, assim, pelas provas testemunhais e orais produzidas a posse *ad usucapionem*, ou seja, de forma ininterrupta e com *animus domini*.

Sendo assim, entendo ser o caso de *negar provimento ao recurso da União*, para manter a sentença na sua integralidade.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

5000724-61.2019.4.03.6133

Parte Autora: ERALDO DE OLIVEIRA COSTA

Parte Ré: ORGANIZAÇÃO MOGIANA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2020

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DE ESTUDANTES - ENADE. NÃO COMPARECIMENTO. COLAÇÃO DE GRAU. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA.

1. Mandado de segurança em que o impetrante pretende a concessão da ordem, para que a autoridade coatora adote todas as medidas administrativas necessárias à colação de grau, no curso de Direito, em fevereiro de 2019, e à obtenção de diploma, a despeito da ausência no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (Enade), decorrente de não recebimento de informação da inscrição para realização de exame (ID 90409510).

2. A Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004, instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - Sinaes; o art. 5º diz que a avaliação do desempenho dos estudantes dos cursos de graduação será realizada mediante aplicação do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - Enade; desse artigo, os §§ 6º e 7º, respectivamente, dizem que o dirigente da instituição de educação superior será responsável pela inscrição no Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - Inep de todos os alunos habilitados à participação no Enade, e a não inscrição em prazo estipulado pelo Inep sujeitará a instituição à aplicação de sanções previstas no § 2º do art. 10, sem prejuízo do disposto no art. 12.

3. A sentença consignou estar caracterizada a responsabilidade da universidade pela ausência de notificação do impetrante em relação à sua inscrição.

4. O não comparecimento de estudante ao Enade não impede a colação de grau nem a expedição de diploma. Precedentes do TRF3.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE e ANDRÉ NABARRETE. Ausente, justificadamente, o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de reexame necessário de sentença que concedeu a segurança para determinar que a autoridade coatora procedesse à colação de grau do impetrante, bem como à expedição de diploma (ID90409532).

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito (ID 107669787).

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança em que o impetrante pretende a concessão da ordem, para que a autoridade coatora adote todas medidas administrativas necessárias à colação de grau, no curso de Direito, em fevereiro de 2019, e à obtenção de diploma, a despeito da ausência no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (Enade), decorrente de não recebimento de informação da inscrição para realização de exame (ID 90409510).

A Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004, instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - Sinaes; o art. 5º diz que a avaliação do desempenho dos estudantes dos cursos de graduação será realizada mediante aplicação do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - Enade; desse artigo, os §§ 6º e 7º, respectivamente, dizem que o dirigente da instituição de educação superior será responsável pela inscrição no Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - Inep de todos os alunos habilitados à participação no Enade, e a não inscrição em prazo estipulado pelo Inep sujeitará a instituição à aplicação de sanções previstas no § 2º do art. 10, sem prejuízo do disposto no art. 12:

Art. 5º A avaliação do desempenho dos estudantes dos cursos de graduação será realizada mediante aplicação do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE.

§ 6º Será responsabilidade do dirigente da instituição de educação superior a inscrição junto ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP de todos os alunos habilitados à participação no ENADE.

§ 7º A não-inscrição de alunos habilitados para participação no ENADE, nos prazos estipulados pelo INEP, sujeitará a instituição à aplicação das sanções previstas no § 2º do art. 10, sem prejuízo do disposto no art. 12 desta Lei.

Vejam-se o art. 10, § 2º, e art. 12 da referida lei:

Art. 10. Os resultados considerados insatisfatórios ensejarão a celebração de protocolo de compromisso, a ser firmado entre a instituição de educação superior e o Ministério da Educação, que deverá conter:(...)

§ 2º O descumprimento do protocolo de compromisso, no todo ou em parte, poderá ensejar a aplicação das seguintes penalidades:

I – suspensão temporária da abertura de processo seletivo de cursos de graduação;

II – cassação da autorização de funcionamento da instituição de educação superior ou do reconhecimento de cursos por ela oferecidos;

III – advertência, suspensão ou perda de mandato do dirigente responsável pela ação não executada, no caso de instituições públicas de ensino superior.

Art. 12. Os responsáveis pela prestação de informações falsas ou pelo preenchimento de formulários e relatórios de avaliação que impliquem omissão ou distorção de dados a serem fornecidos ao SINAES responderão civil, penal e administrativamente por essas condutas.

Deferido o pedido liminar para determinar que a autoridade coatora procedesse à colação de grau do impetrante, bem como à expedição do diploma (1º/3/2019, ID 90409529)

A sentença consignou estar caracterizada a responsabilidade da universidade pela ausência de notificação do impetrante em relação à sua inscrição:

(...) No caso, o impetrante comprova sua aprovação como bacharel em Direito ao ID 14411091, pág. 30/31, mediante as aprovações nas disciplinas da grade curricular, além de sua aprovação no exame de ordem ao ID 14411091, pág. 29.

Conforme se constata ao ID 14411091, pág. 30/31, o impetrante deveria ter concluído seu curso no ano de 2017, o que não ocorreu em razão das dependências que foram supridas no segundo semestre de 2018, sendo a legislação e a Universidade totalmente omissas quanto à realização do ENADE para os alunos que possuem dependência.

Argumenta a autoridade impetrada que o impetrante, por ser aluno concluinte com expectativa de conclusão do curso até dezembro de 2018, estava obrigado a participar do exame, sendo condição indispensável ao registro da regularidade no histórico escolar, assim como à expedição do diploma pela Instituição de Educação Superior, a realização do exame, tendo cientificado o aluno por meio e-mail enviado em 23/10/2018, às 17:02, quanto ao preenchimento do questionário obrigatório, razão pela qual estava ciente e habilitado para realização da prova. Ocorre que a informação prestada veio desacompanhada da prova do envio do alegado e-mail. Diante de tal fato, caracterizada está a responsabilidade da universidade pela ausência de notificação do impetrante em relação à sua inscrição, se esta de fato ocorreu.

Desta forma, violaria o princípio da proporcionalidade e razoabilidade se o estudante fosse prejudicado diante da omissão da instituição, seja pela não realização da sua inscrição, seja pela insuficiência de informações quanto aos alunos da dependência.(...)

Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA requerida, confirmando a decisão liminar, para determinar à autoridade coatora que proceda à colação de grau do impetrante, bem como à expedição do seu diploma. (...) (3/8/2019, ID 90409531, grifo e maiúsculas no original)

Julgados da Turma, inclusive de minha relatoria, entendem que o não comparecimento de estudante ao Enade não impede a colação de grau nem a expedição de diploma:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL. COLAÇÃO DE GRAU. IMPEDIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DE COMPARECIMENTO AO ENADE. ILEGALIDADE.

1. Mandado de segurança impetrado em 06/12/2016 por Daniela Nunes Shinzato Batista e outros em face da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - FUFMS, objetivando ver reconhecido o direito dos impetrantes à colação de grau no curso da Medicina da aludida instituição de ensino, cuja cerimônia encontrava-se agendada para o dia 09/12/2016, além da obtenção da certidão de conclusão do curso e a expedição do respectivo diploma.

2. O julgado analisado encontra-se fundamentado na ausência de razoabilidade no impedimento de realização de colação de grau dos impetrantes que realizaram a prova do ENADE,

mormente quando a jurisprudência relativiza a obrigatoriedade de comparecimento no referido exame, tendo sido destacado, ainda, que a norma de regência do ENADE não prevê sanções ao aluno que deixar de efetuar o exame.

3. A Lei nº 10.861/2004, que instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES e que disciplina o Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE, deixa claro que este tem por objetivo primordial avaliar as instituições de ensino, os cursos e o desempenho dos estudantes.

4. Nesse contexto, em que a lei regulamentadora não prevê quaisquer punições aos estudantes em virtude da não realização do ENADE, a negativa de colação de grau mostra-se ilegítima, devendo, portanto, ser rechaçada.

5. Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ReeNec - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 371594 - 0014293-36.2016.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 07/02/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/02/2019)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. COLAÇÃO DE GRAU. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. PARTICIPAÇÃO NO ENADE. IMPEDIMENTO: IMPOSSIBILIDADE. LEI N.º 10.861/2004. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1- A impetrante cursou enfermagem, no regime semestral, junto à Universidade Anhanguera-Uniderp, no período de 2012 a 2016, tendo obtido aprovação em todas as disciplinas. Ao requerer a sua inclusão na colação de grau, teve seu pedido indeferido sob a alegação de que não estava apta à participação por constar como ausente a sua avaliação no ENADE/2016.

2. A Lei Federal nº 10861/04, que regulamenta o ENADE, não prevê qualquer penalidade ao estudante que não participe do referido exame, razão pela qual tem direito à participação da cerimônia de coação de grau, bem como a expedição do certificado de conclusão do curso, necessário para o ingresso no mercado de trabalho.

3-Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5006633-32.2018.4.03.6000, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 21/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/10/2019)

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. AUSÊNCIA NO ENADE. COLAÇÃO DE GRAU E EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. POSSIBILIDADE.

1. A ausência do estudante no ENADE não impede a colação de grau, tampouco a expedição do diploma, a teor do disposto na Lei nº 10.681/2004. Precedentes deste Tribunal.

2. Por seu turno, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havia nem há qualquer lógica em prejudicar a impetrante que, à época, concluíra regularmente o curso de Educação Física – Licenciatura e obteve aprovação em concurso público.

3. Remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5000389-75.2018.4.03.6004, Rel. Juiz Federal Convocado MARCIO FERRO CATAPANI, julgado em 08/08/2019, Intimação via sistema DATA: 13/08/2019)

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO SUPERIOR - AUSÊNCIA NO ENADE - COLAÇÃO DE GRAU: POSSIBILIDADE.

1- A ausência no ENADE não impede a colação de grau, nos termos da Lei Federal nº. 10.681/04. Jurisprudência desta Corte.

2- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5002122-

12.2019.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado JOSE EDUARDO DE ALMEIDA LEONEL FERREIRA, julgado em 23/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/06/2019)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO**5009376-02.2020.4.03.0000**

Agravantes: UNIÃO FEDERAL, INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA

Agravada: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Disponibilização da Decisão: EXPEDIÇÃO DE MANDATO 28/04/2020

DECISÃO

Vistos em liminar.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal e pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, em sede de Ação Civil Pública movida pela Defensoria Pública da União (DPU), contra decisão que concedeu a liminar.

Na inicial da Ação Civil Pública, insurge-se a Defensoria Pública da União (DPU) contra o calendário do exame do ENEM 2020. Após frisar a importância do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, segue afirmando que o cronograma do ENEM não atende aos interesses dos candidatos se considerado o contexto da pandemia de COVID-19 em que as escolas foram fechadas e aulas suspensas e, ainda, a falta de estrutura domiciliar em um país de considerável desigualdade social e uma realidade na qual boa parte dos alunos não dispõe de rede de *internet* adequada ou de material didático suficiente. Impugna, especificamente, o exíguo prazo para requerimento da taxa de isenção pelos candidatos de baixa renda ou por aqueles de baixa renda que não compareceram às provas de 2019 e precisam justificar a ausência. Traz a informação de que o calendário foi criticado pelo Conselho Nacional de Secretários da Educação (CONSED), além da União Brasileira de Estudantes Secundaristas (UBES) e a União Nacional dos Estudantes (UNE). Assevera, por fim, a necessidade de adequação do calendário do ENEM, inclusa a data de realização das provas, aos severos impactos decorrentes da pandemia. Pugnou pela concessão de liminar, a ser posteriormente confirmada.

Em 17.04.2020 foi proferida a decisão liminar agravada deferindo a tutela postulada “*para determinar aos réus que: (i) estendam o prazo para a solicitação de isenção da taxa de inscrição do ENEM e para a justificativa de ausência do ENEM 2020 pelo prazo de 15 (quinze) dias; e (ii) procedam à adequação do calendário e do cronograma do ENEM à realidade do atual ano letivo, via comissão ou consulta, dando ciência a todos os órgãos e representantes dos Poderes necessários à medida*”.

Contra a decisão liminar, os réus interpuseram o agravo em apelo. Aduzem, preliminarmente, conexão com a Ação Popular nº 1017216-46.2020.4.01.3700 distribuída à 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão. No mérito, sustentam falta de interesse no tocante ao pedido de prorrogação de prazo para isenção e justificativa haja vista a existência da Nota Técnica Conjunta nº 43/2020, anterior à decisão agravada, a qual ressalta que o INEP adotará medidas efetivas para que nenhum candidato seja prejudicado quanto ao pedido de isenção, o que foi concretizado nos Editais nºs 33 – ENEM IMPRESSO e 34 – ENEM DIGITAL de 22 de abril de 2020. Trazem, ainda, o grave dano inverso com a manutenção da decisão, sustentando a competência exclusiva do INEP, com supervisão do Ministério da Educação, de organizar o ENEM, o que faz observando rígidos critérios técnicos. Relatam que o próprio Ministério da Educação, por meio da Portaria MEC n.º 329, de 11/3/2020, instituiu uma Comissão, de-

nominada Comitê Operativo de Emergência, com a participação de diversos responsáveis e autoridades da área de educação com abrangência nacional, para discutir e analisar a respeito dos impactos da pandemia da COVID-19 no ensino e em seu calendário. Pontuam as medidas adotadas pelo MEC e pelo INEP para minimizar os impactos da pandemia no ensino. Em arremate, invocam o princípio da Separação dos Poderes e o poder discricionário do Poder Executivo para elaborar as políticas públicas na área de educação. Requerem, ao fim, seja reconhecida a incompetência de Juízo ou, subsidiariamente, a concessão de efeito suspensivo ao recurso *“seja ante o reconhecimento da falta de interesse de agir, inclusive por fato superveniente, consistente na publicação dos Editais n.º 33 e n.º 34, de 20 de abril de 2020, o que torna absolutamente desnecessário e prejudicial a suspensão do cronograma do ENEM, assim como a realização da consulta a diversas autoridades ligadas à área de ensino, tendo em vista que já há o Comitê Operativo de Emergência, instituído pelo Ministério da Educação, nos termos da Portaria MEC n.º 329, de 11 de março de 2020”*.

Considerando as funções institucionais do Ministério Público Federal, a natureza da ação originária, o interesse público ou social envolvido (artigo 178, I, do CPC) e, ainda, a urgência do caso, foi aberto prazo para o parquet se manifestar, em 72 (setenta e duas horas), quanto ao pleito liminar recursal.

O MPF, em parecer, opina pela inexistência da aludida prevenção, sugere a remessa dos autos ao gabinete da conciliação e, no mérito, sopesando a relevância das alegações de ambos os lados e os pormenores envolvidos, opina pelo parcial provimento do agravo de instrumento com a reforma da decisão agravada para o fim de que o ENEM 2020 não tenha sua realização prejudicada.

É o relato do essencial. Cumpre decidir.

De início, afasto a preliminar de conexão com a Ação Popular nº 1017216-46.2020.4.01.3700 distribuída à 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão.

Pondere-se que no caso sob análise busca-se a adequação do cronograma do ENEM ao contexto da pandemia.

Já o autor da Ação Popular insurge-se contra o Edital relativo ao ENEM digital por considerá-lo em desacordo com o princípio da igualdade tendo em vista: *i)* a realização do ENEM em meio digital apenas para uma reduzida parcela dos vestibulandos; *II)* a desigualdade perpetrada em desfavor dos portadores de deficiência haja vista a expressa previsão, no Edital, de que pessoas nessas condições não poderão realizar o ENEM digital.

Embora as duas ações tenham como ao menos uma de suas bases a alegada violação ao princípio da igualdade, é certo que a causa de pedir e os objetos das demandas são diversos.

Inexiste, pois, conexão a ser reconhecida.

Passo ao exame do mérito.

Conforme venho pontuando nas minhas decisões, é deveras preocupante a situação do mundo, e do País, frente à pandemia de COVID-19. É desolador acompanhar as notícias de tantas vidas se esvaindo e os esforços, com resultados ainda bastante incipientes, dos profissionais das mais diversas áreas em encontrar uma solução, ainda que parcial, apta a conter a disseminação do vírus e preservar o maior número possível de pessoas.

Além da preocupação com as vidas, o bem maior a ser tutelado pelo Estado, é também importante e necessário voltar-se aos inegáveis reflexos econômicos e sociais decorrentes da proliferação da doença e das atuais estratégias de contenção, minimizando-se, sempre que possível, os danos advindos.

Nesse cenário de caos e absoluta imprevisibilidade é que surge a pretensão da Defensoria Pública da União. O tema abordado, no caso, diz respeito à política pública de educação com particular enfoque no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM.

A importância da prova do ENEM na realidade nacional e no acesso à graduação é indubitável. O ENEM, ao avaliar os alunos egressos do ensino médio, hoje se consubstancia em uma espécie de vestibular nacional que possibilita não só o ingresso nas Universidades, como o acesso a bolsas em universidades privadas.

Estando intimamente relacionado ao Sistema de Seleção Unificada - SISU, ao Fundo de Financiamento Estudantil - FIES - e ao Programa Universidade Para Todos – PROUNI, caracteriza-se como verdadeira forma de democratização do acesso ao ensino superior.

Logo, não sem causa, a agravada busca minimizar possíveis danos, principalmente aos menos favorecidos, relacionados à prova do ENEM.

Para tal desiderato, considera, de um lado, a paralisação das aulas e, de outro, como danoso o exíguo prazo entre a publicação do Edital de Cronograma do ENEM (31.03.2020) e aquele fixado para requerimento de isenções (de 06 a 17.04.2020) aliado ao precário ou inexistente acesso dos alunos de baixa renda à *internet* ou outros meios de divulgação, o que poderá prejudicar o acesso à informação quanto ao cronograma, bem como o aprendizado necessário à realização das provas no tempo fixado, acarretando, por consequência, violação ao princípio da igualdade ou o da isonomia.

A preocupação não é irreal, tanto que diversas Notas Técnicas (vide documentação acostada) foram elaboradas pelos agravantes, após a propositura da ação, de modo a esclarecer e fundamentar as decisões administrativas adotadas para gerenciamento e consecução dos atos relacionados ao ENEM.

Contudo, ao que consta dos autos, principalmente neste Juízo de cognição sumária próprio dos provimentos de natureza liminar, a aspiração da Defensoria Pública se mostra, em parte, superada e, em outra parte, precipitada.

No tocante ao pedido de extensão do prazo para a solicitação de isenção da taxa de inscrição do ENEM e para a justificativa de ausência do ENEM 2020 pelo prazo de 15 (quinze) dias, verifica-se que a providência já foi adotada administrativamente pelos agravantes.

Com efeito, como resultado de deliberação administrativa, foi publicado o item 17.12 do Edital nº 33 ENEM IMPRESSO reproduzido no item 17.13 do Edital nº 34 ENEM DIGITAL, ambos de 22 de abril de 2020, consignando que preenchida, pelo candidato, uma das hipóteses de concessão de isenção, esta será deferida de ofício ato de inscrição.

17.12 O participante que preencha um dos requisitos constantes do item 4.6 deste Edital terá sua isenção deferida, de ofício, no ato da inscrição para o Enem 2020 impresso, no período de 11 a 22 de maio de 2020, inclusive o que tenha obtido a isenção da taxa de inscrição do Enem 2019 e não tenha comparecido às provas nos dois dias de aplicação.

7.13 O participante que preencha um dos requisitos constantes do item 4.6 deste Edital terá sua isenção deferida, de ofício, no ato da inscrição para o Enem 2020 digital, no período de 11 a 22 de maio de 2020, inclusive o que tenha obtido a isenção da taxa de inscrição do Enem 2019 e não tenha comparecido às provas nos dois dias de aplicação.

Tendo em vista que as inscrições dar-se-ão de 11 a 22.05.2020, é certo que a exigência de concessão de prazo adicional de 15 (dias) além de 17.04.2020 para solicitação das isenções, inclusive daqueles que não compareceram à provas de 2019, está amparada pela nova regra editalícia, inexistindo interesse superveniente da agravada no prosseguimento do pedido, o qual resta prejudicado.

No mais das alegações, a documentação acostada pelos agravantes é farta e logra demonstrar, ao menos por ora, que o MEC e o INEP não estão alheios às vicissitudes, afetas ao tema Educação, decorrentes dos reflexos da pandemia.

Há início de prova nos autos no sentido de que os agravantes estão envidando esforços em conjunto com os demais setores da área para minimizar possíveis danos aos candidatos advindos da temporária suspensão das aulas, e seus reflexos no ENEM, em razão da crise decorrente da COVID-19.

A respeito, houve a constituição de uma comissão, o Comitê Operativo de Emergência – COE, por meio da Portaria MEC nº 329, de 11.03.2020, que, com a composição integrada por diversos atores da educação nacional, tem como escopo gerenciar questões inerentes a assuntos sensíveis de repercussão nacional, dentre eles o ENEM.

Art. 1º Fica instituído o Comitê Operativo de Emergência do Ministério da Educação - COE/MEC, vinculado à Secretaria-Executiva do Ministério da Educação, com o objetivo de gerenciar questões inerentes a assuntos sensíveis, de repercussão nacional.

Art. 2º Caberá ao COE/MEC a análise de ocorrência de um evento ou série de eventos que resultem em mudanças significativas de atividades no âmbito do Ministério da Educação e que demande medidas para a volta à normalidade.

Art. 3º O COE/MEC será composto pelos representantes das Unidades Administrativas, Órgãos e Entidades, a seguir:

I - um do Gabinete do Ministro de Estado da Educação;

II - um da Secretaria-Executiva do MEC;

III - um da Secretaria de Educação Básica do MEC;

IV - um da Secretaria de Educação Superior do MEC;

V - um da Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica do MEC;

VI - um da Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do MEC;

VII - um do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE;

VIII - um da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH;

IX - um do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP;

X - dois do Conselho Nacional de Secretários de Educação - CONSEDE;

XI - dois da União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação - UNDIME;

XII - dois do Conselho Nacional das Instituições da Rede Federal de Educação Profissional e Tecnológica - CONIF; e

XIII - dois da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior - ANDIFES.

A Medida Provisória nº 934/01.04.2020, ao estabelecer normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, flexibiliza a quantidade de dias letivos, observada carga horária mínima, não havendo indicação nos autos de que o cronograma do ENEM, sobremaneira a data de aplicação das provas, conflite com a flexibilização proposta.

As Notas Técnicas colacionadas são bastante esclarecedoras no tocante às atividades desenvolvidas pelos agravantes de forma a minimizar ou evitar possíveis danos aos alunos de forma geral, dentre estes os que prestarão o ENEM.

Tem-se como exemplo a NOTA TÉCNICA Nº 50/2020/COGEM/DPD/SEB/SEB, de 20.02.2020, assinada pelo Coordenador-Geral de Ensino Médio e Diretora de Políticas e Diretrizes da Educação Básica, dispondo sobre as ações engendradas no âmbito da reorganização

escolar durante o período de pandemia (ID 130071068).

Constituição do Comitê Operativo de Emergência (COE) do Ministério da Educação (MEC) – tem a finalidade de debater e definir medidas de combate à disseminação do novo coronavírus em instituições de ensino, seguindo as diretrizes do Ministério da Saúde. Compõem o grupo: Ministério da Educação (MEC); Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE); Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh); Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep); Conselho Nacional de Secretários de Educação (Consed); União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime); Conselho Nacional das Instituições da Rede Federal de Educação Profissional e Tecnológica (Conif); e Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes). Conforme nota oficial, publicada no Portal do MEC, no dia 16 de março de 2020, no primeiro encontro o grupo apresentou uma plataforma de monitoramento do coronavírus nas instituições de ensino, que está em desenvolvimento. Também foram deliberados o repasse de recursos para as escolas de educação básica reforçarem medidas de prevenção e a flexibilização da oferta de aulas na modalidade a distância no sistema federal de ensino.

Emissão de Medida Provisória – Medida Provisória nº 934, de 1º de abril de 2020, normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior, decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Com essa regulamentação emergencial, as escolas da educação básica e as instituições de ensino superior poderão distribuir a carga horária em um período diferente aos 200 dias letivos previstos na LDB e, concluir o ano letivo de 2020; Acompanhamento dos impactos da Covid-19 no calendário das escolas - com intuito de manter um permanente e atualizado repositório de boas práticas, contendo as ações que poderão inspirar outras redes e atores, foi elaborado e disponibilizado um formulário em que as ações de mitigação aos impactos educacionais do Coronavírus, desenvolvidas nas escolas e na redes de ensino estaduais e municipais, poderão ser informadas e descritas. (...) Assim que as iniciativas estiverem sistematizadas, o MEC providenciará o compartilhamento por canais de comunicação do Ministério.

Consulta Pública sobre o Parecer que trata da Reorganização dos Calendários Escolares e a realização de atividades pedagógicas não presenciais durante o período de Pandemia da COVID-19 - O Conselho Nacional de Educação está realizando consulta pública a respeito da reorganização do calendário escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, conforme documento SEI (2021241).

Destarte, é possível inferir que os agravantes não estão desatentos à delicada situação enfrentada pela Educação no contexto em que se encontra o País, esforçando-se na adoção de práticas tendentes a evitar prejuízos relacionados ao ENEM, sendo no mínimo cedo para concluir que o cronograma apresentado, ao ser cumprido, inexoravelmente trará danos aos candidatos.

No mais, sopesando os interesses envolvidos, não se olvide que a manutenção da decisão agravada pode vir a ocasionar danos irreversíveis ao interesse público tutelado pelos agravantes, o que deve ser rechaçado.

De fato, para consecução e realização das provas do ENEM, uma série de providências são adotadas, inclusive de natureza logística, para que tudo saia dentro de prazo hábil à divulgação dos resultados e utilização das notas pelas Universidades.

Tome-se como exemplo o fato de que as provas são nominais e com foto, donde se conclui pela necessidade de conhecer previamente os candidatos inscritos dentro do prazo assinalado pelo Edital a fim de que as gráficas iniciem a impressão das provas.

Os locais de prova são previamente escolhidos e preparados, além do que a aplicação das provas em todo território nacional é fiscalizada sala a sala, eventos que demandam treinamento de pessoal e prévio ajuste com instituições.

Isso sem contar que, publicados os resultados, estes são utilizados pelo SISU, PROUNI e FIES, de modo que a alteração do cronograma pode afetar negativamente uma sucessão de eventos e atrasar o início do ingresso de estudantes no ensino superior.

A corroborar, os esclarecimentos veiculados na Nota Técnica Conjunta nº 44/2020 vem ao encontro do sobredito, conforme doravante:

A extensão da decisão proferida nos autos da sentença é de grande proporção, pois afeta as três etapas (pré-aplicação, aplicação e pós aplicação) do projeto Enem, e não poderá ser implementada sem o comprometimento do prazo final de divulgação dos resultados, atualmente na terceira semana de janeiro, que precede o início do Sistema de Seleção Unificado – SisU. Nesse sendo, é preciso compreender a relação existente entre as diferentes atividades da operação logística do Exame e os impactos que mudanças no escopo dessa cadeia logística possam exercer sobre o projeto de forma geral, mais especificamente sobre o prazo total para sua execução.

Para que haja a execução do Enem, é preciso cumprir com as diversas etapas que antecedem a data de aplicação do exame, como a elaboração da prova, os pedidos de análise de isenção da taxa de inscrição, a efetivação da inscrição, a impressão, a logística e a distribuição, além de todos os subprocessos associados a essas grandes etapas. Por isso, a publicação dos editais do Enem 2020 foi fundamental neste momento, de modo a garantir a sociedade que a concretização dessa política pública seja preservada e para que seja dado início, pelo Inep, à preparação e à viabilidade de execução da edição do Enem 2020. 7.3. Em suma, convém enfatizar que as alterações do cronograma para atendimento da decisão judicial comprometerá o calendário de divulgação dos resultados do Enem 2020.

Realizado tal apanhado, o efeito suspensivo deve ser deferido.

Ante o exposto, afasto a preliminar arguida e, no mérito, *concedo a liminar recursal* para suspender os efeitos da decisão agravada até ulterior decisão.

Comunique-se com urgência.

Considerando o cuidado do Ministério Público Federal em ponderar os interesses em jogo e a resolução do conflito de forma amigável, intimem-se as partes para que manifestem se há eventual interesse na conciliação.

Sem embargo, intime-se a agravada para que apresente contraminuta no prazo legal.

Após, dê-se ciência ao MPF.

Oportunamente, tornem conclusos.

Publique-se. Intimem-se.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA**5010220-49.2020.4.03.0000**

Requerente: UNIÃO FEDERAL

Requerido: S/A O ESTADO DE S.PAULO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - PRESIDENTE

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/05/2020

DECISÃO

Vistos, no plantão judiciário da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região (art. 1.^o, § 1.^o, Resolução CA-TRF3 n.º 501/2014).

Cuida-se de pedido de suspensão dos efeitos da liminar proferida nos autos da ação cominatória com pedido de tutela de urgência n.º 5004924-79.2020.4.03.6100, em trâmite perante a 14.^a Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, formulado pela União, com fundamento no artigo 4.^o da Lei nº 8.437/92, sob alegação de flagrante ilegitimidade e violação à ordem pública.

A decisão foi proferida no bojo de ação cominatória ajuizada por S.A. O ESTADO DE S. PAULO (ESTADÃO), na qual se requer que a Ré (União Federal) *“apresente os laudos de todos os exames a que foi submetido o Exmo. Presidente da República para a detecção da COVID-19, sob pena de aplicação de multa a ser fixada por Vossa Excelência”*.

Distribuída a ação, o juízo *a quo* determinou a manifestação da União no prazo de dez dias, antes de apreciar a liminar requerida, nos seguintes termos:

Em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como diante da manifestação da União juntada aos autos (ID 30431165), concedo à União o prazo de dez dias para que se manifeste sobre o pedido de tutela de urgência, independentemente do prazo regular para a apresentação da contestação. Após a juntada da manifestação, ou no silêncio, voltem os autos conclusos para análise do pedido. Int.
São Paulo, 31 de março de 2020.

A parte autora requereu a reconsideração da decisão, tendo em vista que a Ré compareceu espontaneamente nos autos e apresentou manifestação. Tal pleito foi indeferido, pois entendeu a magistrada de primeiro grau não haver *“imediato perecimento de direito que justifique a análise sem o devido contraditório”*.

Nessa esteira, a parte autora interpôs recurso de Agravo de Instrumento em face da decisão, tendo sido o recurso distribuído ao e. Desembargador Federal André Nabarrete, registrado sob o nº 5007842-23.2020.4.03.000, o qual determinou que o juízo de primeiro grau decidisse o pedido de antecipação da tutela, antes do prazo dado para a União se manifestar.

Em cumprimento à decisão do e. Relator, o juízo de origem decidiu o pedido de tutela antecipada, deferindo-o, nos seguintes termos:

Trata-se de ação de procedimento comum, ajuizada por S/A O ESTADO DE SÃO PAULOS em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando, em sede de tutela de urgência, seja determinado à

Ré que apresente os laudos de todos os exames aos quais foi submetido o Exmo. Presidente da República para a detecção da COVID-19, ainda que sob um pseudônimo, sob pena de aplicação de multa a ser fixada.

Em síntese, aduz a parte autora que entre os dias 7 e 10 de março de 2020 uma comitiva de Ministros de Estado, Secretários de Governo, parlamentares e empresários, liderada pelo Exmo. Presidente da República, JAIR BOLSONARO, viajou ao Estados Unidos, onde se reuniu com lideranças norte-americanas, e, desde então, os veículos de comunicação vêm noticiando que 23 pessoas que compuseram e acompanharam aquele cotejo presidencial foram infectadas com o novo coronavírus, suscitando especulações e dúvidas sobre a saúde do máximo mandatário do País.

Alega que aos 13 de março, o Presidente, em sua conta no twitter, anunciou que “HFA/SABIN4 atestam negativo para o COVID19 o Sr. Pres. da República Jair Bolsonaro”, sem, contudo, apresentar documento que atestasse aquele diagnóstico. Outrossim, em 17 de março, tendo sido submetido a um novo exame laboratorial, JAIR BOLSONARO divulgou, também nas redes sociais, que “... meu 2º teste para COVID-19 deu NEGATIVO.”. Novamente mantendo em sigilo absoluto o respectivo relatório laboratorial.

Assim, diante da enigmática e injustificada resistência do Presidente da República quanto a um definitivo e espontâneo esclarecimento, a equipe de reportagem do diário O ESTADO DE S. PAULO, editado pela Autora, no exercício da atividade informativa resguardada pelos incisos IX e XIV, do artigo 5º, e pelo artigo 220 da Constituição Federal, e amparada nos direitos garantidos pelo incisos XIV e XXXIII, também do artigo 5º da Lei Maior, desde então vem tentando obter junto aos órgãos públicos os laudos dos testes mencionados por JAIR BOLSONARO, que confirmariam a veracidade daquela manifestação presidencial.

Aduz a autora que formulou requerimento pelo SISTEMA ELETRÔNICO DO SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO (instituído para assegurar o acesso a informações públicas, nos termos do art. 9º, da Lei nº 12.527/2011), com o escopo de obter acesso a todos os exames feitos pelo presidente Jair Bolsonaro para saber se foi infectado pelo novo coronavírus. No entanto, a União até o momento mantém em enigmático e inadmissível segredo o exato teor dos laudos, não obstante a concessão de acesso aos documentos deva ser imediata, independentemente de qualquer prazo, nos termos do art. 11, da Lei nº 12.527/2011, por se tratar de informação facilmente obtenível e de descomplicada disponibilização. Pede tutela de urgência. Ante a especificidade do caso, a apreciação do pedido de tutela foi postergada para após manifestação da Ré, deferindo o prazo de 10 (dez) dias (id 30444751).

A parte autora requer a reconsideração e requer apreciação do pedido de tutela (id 30530276). A decisão que concedeu o prazo foi mantida (id 30551208).

A parte autora agravou da decisão que postergou a análise, sendo deferido, em 17.04.2020, o pedido subsidiário de antecipação da tutela recursal, a fim de determinar que o juízo de primeiro grau decida o pedido de antecipação da tutela, antes do prazo dado para a União se manifestar (id 31143486).

Em 17.04.2020, a União Federal apresenta manifestação, combatendo o mérito (id 31153678), sustentando não estar obrigado a violar a intimidade do Exmo. Presidente da República.

É o relatório. Decido.

De início, a União sustenta que a petição inicial deveria ser indeferida, pela ausência de atribuição de valor à causa. Da leitura da exordial, contudo, depreende-se que foi indicado o montante de R\$1.000,00 reais a este título, de modo que a preliminar deve ser rejeitada.

A parte Ré pondera, ainda, que o Autor buscaria defender direitos de terceiros, inexistindo interesse processual. Sem razão, contudo. Tutela-se direito próprio, correspondente ao acesso de informações de relevância pública, com base no princípio constitucional da publicidade (artigo 37, “caput”, da Constituição Federal de 1988) e na liberdade de informação jornalística (artigo 220§1º da CF/88).

Como última preliminar, a União argumenta que não ostentaria legitimidade passiva, pois não

poderia ser compelida a exibir documento relativo a terceira pessoa. No entanto, o inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) é expresso ao dispor sobre a submissão dos órgãos públicos ao regime do aludido diploma. Uma vez que a Presidência da República e seus respectivos órgãos não detêm personalidade jurídica própria, a União corresponde à parte legítima para figurar como Ré na presente ação.

Superadas as preliminares, passa-se ao exame da medida pleiteada.

Para a concessão de tutela provisória de urgência, requer-se a demonstração dos requisitos previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Pelo primeiro requisito, entende-se a relevância do fundamento fático-jurídico da demanda, traduzido pela verossimilhança das alegações, que se faz presente no caso.

No Estado Democrático de Direito, a publicidade é regra geral. O sigilo é a exceção.

Com efeito, o titular do poder político é o povo (art. 1º, parágrafo único, da CF/88), de modo que os órgãos estatais e agentes políticos devem esclarecer aos mandantes as questões de relevante interesse nacional.

A análise sistemática dos dispositivos da Constituição Federal não leva a outra conclusão.

Nesse sentido, estão previstos, de forma expressa, o direito fundamental de acesso à informação (art. 5º, XXXIII), sobretudo quanto à documentação governamental (art. 216, § 2º), o princípio da publicidade (art. 37, caput e § 3º, II) e, finalmente, o princípio republicano (art. 1º), fonte dos deveres de transparência e de prestação de contas.

Oportuno destacar que a Constituição excepciona a regra da publicidade somente em duas hipóteses, quais sejam, aquelas que envolvam informações “cujo sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII, parte final da CF/88) e aquelas que versem sobre dados protegidos pelo direito à intimidade (art. 5º, X, c/c art. 37, § 3º, II, ambos da CF/88).

Em se tratando de restrições ao direito fundamental de acesso à informação, devem ser interpretadas de maneira estrita, recaindo sobre a Ré o ônus argumentativo de demonstrar uma das situações suprarreferidas.

Nesse contexto, foi editada a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), consagrando a regra da transparência no acesso a documentos públicos:

“Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;”

Em relação ao acesso de informações pessoais, a Lei assim dispõe:

“Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

(...) II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

(...) V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.”

A leitura do artigo permite concluir que, muito embora o acesso a informações pessoais ocorra, via de regra, com o consentimento do titular, a anuência não é exigida para os casos de proteção

do interesse público e geral e nem para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

Na hipótese em comento, o Autor pretende o acesso aos laudos de todos os exames laboratoriais para a detecção da COVID-19 aos quais foi submetido o Sr. Presidente da República. A Ré limita-se a sustentar a proteção à intimidade e à privacidade de maneira genérica, ponderando que o Hospital das Forças Armadas atende aos preceitos do Regulamento Sanitário Internacional.

Com as devidas vênias, os argumentos não merecem amparo.

A presente demanda não objetiva uma devassa injustificável na vida privada do Sr. Presidente, mas tão somente o acesso aos laudos dos exames relativos à COVID-19.

No atual momento de pandemia que assola não só Brasil, mas o mundo inteiro, os fundamentos da República não podem ser negligenciados, em especial quanto aos deveres de informação e transparência.

Repise-se que “todo poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único, da CF/88), de modo que os mandantes do poder têm o direito de serem informados quanto ao real estado de saúde do representante eleito.

Ainda, conforme a prova documental carreada pelo Autor, o próprio Presidente já fez menção expressa aos resultados dos exames em suas redes sociais, atenuando, assim, o eventual sigilo que poderia recair sobre tais informações.

Em caso análogo, o E. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento mitigando a violação ao direito constitucional da intimidade e vida privada, assegurados constitucionalmente, quando relacionado as pessoas públicas:

“(…) Não se alegue estar-se diante de circunstâncias que respeitem sempre a quem exerce cargo do povo, pelo que o público deveria dele saber, não se podendo escusar de deixar que a plena luz incida sobre todos os setores da vida. Primeiro, porque há sempre espaço de indevassabilidade e segredo no íntimo da pessoa, de parco ou nenhum conhecimento dos outros. Segundo, porque quem faz a sua vida e profissão na praça pública, com a presença e a confiança do povo, e angaria o prestígio que o qualifica e enaltece, não há de pretender esquivar-se desse mesmo público segundo o seu voluntarismo, como se a praça fosse mecanismo virtual, com botão de liga/desliga ao sabor do capricho daquele que buscou fazer-se notório. A alegação era transgressão ao mesmo dispositivo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o objeto da inobservância da norma era provada pela divulgação de fotos com artigos descrevendo situações que diriam respeito à sua vida privada. Diferente da conclusão antes adotada, a Corte decidiu, nesse momento, inexistir a pretensa contrariedade: a matéria tratava da doença do Príncipe Rainier, pai da princesa, e relatava o que teria sido a ausência da assistência a ele devida pela filha. Considerando as funções das pessoas noticiadas, a natureza das atividades e os fins de elucidação das relações entre as figuras da monarquia monegasca, a Corte concluiu que o público não tinha por que não ter ciência do que se passava e julgou inexistente o direito que se alegava ofendido. A Corte Europeia, no segundo processo, adotou como critérios de decidir: a natureza da função exercida pela pessoa retratada, a natureza da atividade exercida, a conduta anterior em relação às fotos obtidas, o conteúdo e a forma de se dar a público o que retratado, as circunstâncias em que tiradas as fotos. Para a Corte, os critérios definidores da decisão fizeram pender a balança no sentido da garantia do direito à informação, no direito/dever de informar e na garantia de ser informado. Não se alegue estar-se diante de circunstâncias que respeitem sempre a quem exerce cargo do povo, pelo que o público deveria dele saber, não se podendo escusar de deixar que a plena luz incida sobre todos os setores da vida. Primeiro, porque há sempre espaço de indevassabilidade e segredo no íntimo da pessoa, de parco ou nenhum conhecimento dos outros. Segundo, porque quem faz a sua vida e profissão na praça pública, com a presença e a confiança do povo, e angaria o prestígio que o qualifica e enaltece, não há de pretender esquivar-se desse mesmo público segundo o seu voluntarismo, como se a praça fosse mecanismo virtual, com botão de liga/desliga ao sabor do capricho daquele que buscou fazer-se notório. A notoriedade tem preço fixado pela extensão da fama, quase sempre buscada. Quando não, mas ainda assim é

obtida, a fama cobra pedágio: o bilhete do reconhecimento público, que se traduz em exposição do espaço particular, no qual todos querem adentrar”. GRIFO NOSSO. (trecho constante no item 54 do voto proferido pela Relatora da ADIN 4815-DF, Ministra Carmem Lúcia).

Portanto, sob qualquer ângulo que se analise a questão, a recusa no fornecimento dos laudos dos exames é ilegítima, devendo prevalecer a transparência e o direito de acesso à informação pública.

A seu turno, quanto ao “periculum in mora”, a Ré aduz que não só que inexistiria o perigo de dano ao resultado útil do processo, mas também que o deferimento da medida esgotaria a pretensão autoral, havendo, ainda, irreversibilidade no eventual provimento judicial.

Sem razão, contudo.

Como bem ressaltado pelo Eminentíssimo Desembargador Federal André Nabarrete na decisão que deferiu o pedido subsidiário de antecipação da tutela recursal, “inegável que, sob o aspecto jornalístico, que é o escopo da atividade da autora, o decurso do tempo esvai a razão de ser do processo.” (ID 31143486).

Presentes os requisitos legais, de rigor o deferimento da medida requerida.

Diante do exposto, DEFIRO A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA, para determinar à União que forneça, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas os laudos de todos os exames aos quais foi submetido o Exmo. Sr. Presidente da República para a detecção da COVID-19, sob pena de fixação de multa de R\$5.000,00 por dia de omissão injustificada.

Intime-se, com urgência, para cumprimento da presente decisão.

Comunicado o descumprimento, retornem os autos imediatamente à conclusão.

Sem prejuízo, cite-se, obedecidas as formalidades legais, iniciando-se o prazo para contestação nos termos dos artigos 231, I e II, 303, III e 335 do CPC.

Em cumprimento à decisão, a União Federal juntou aos autos relatório médico emitido em 18 de março de 2020 pela Coordenação de Saúde da Diretoria de Gestão de Pessoas da Secretaria Especial de Administração da Secretaria-Geral da Presidência da República, no qual se informa terem sido negativos os exames realizados pelo Senhor Presidente para a detecção do COVID-19. Por fim, foi requerida a extinção do processo, por perda superveniente do objeto, nos termos do artigo 485, IV, do Código de Processo Civil.

Diante da documentação juntada, a parte autora apresentou petição informando que os documentos não seriam suficientes para atender a determinação judicial, o que ensejou a prolação de nova decisão, em 30/04/2020, pelo juízo de origem, conforme se verifica a seguir:

Vistos.

Id 31436976 e 31592464: com base no decidido ao ID 31436976, que reafirmou o direito fundamental de acesso à informação (art. 5º, XXXIII da CF/88), o princípio da publicidade (art. 37, caput e § 3º, II da CF/88) e a liberdade de informação jornalística (artigo 220§1º da CF/88), indefiro o pedido de sigilo documental.

À zelosa Secretaria para levantar a anotação do sigilo da petição e anexos, juntados pela União Federal (id nºs. 31570832, 31570848 e 31571155).

Considerando que o documento juntado pela parte ré (relatório médico, datado de 18.03.2020 – id 31571155), não atende, de forma integral, à determinação judicial, renove-se a intimação da União, nos termos do id 31436976, para que, em 48 (quarenta e oito) horas, dê efetivo cumprimento quanto ao decidido, fornecendo os laudos de todos os exames aos quais foi submetido o Exmo. Sr. Presidente da República para a detecção da COVID-19, sob pena de fixação de multa de R\$5.000,00 por dia de omissão injustificada.

Em caso de omissão ou reiterada a comunicação de descumprimento, retornem os autos imediatamente à conclusão.

Intimem-se, com urgência.

Em face das mencionadas decisões, a União informa ter interposto recurso de Agravo de Instrumento, registrado sob nº 5010203-13.2020.4.03.0000, bem como apresentou o presente incidente processual, pois *“a flagrante ilegitimidade da União para figurar no polo passivo da demanda originária e para cumprir a ordem judicial, somada ao grave risco de lesão à ordem administrativa, torna imprescindível e necessária a via da Suspensão de Tutela de Urgência”*.

Sustenta a União que os argumentos relacionados à ilegitimidade passiva não foram apreciados em primeiro grau, em especial a alegação de que o Presidente da República não é órgão da União, conforme estabelecido pela Lei nº 13.844/2019.

Aduz que a *“Presidência da República” (União) não dispõe de legitimidade e tampouco pode ser obrigada a violar direito personalíssimo do Senhor Presidente da República, assim como não pode ser compelida a obrigar o Senhor Jair Messias Bolsonaro a fornecer à autoridade judicial o laudo dos testes da COVID-19 objeto da r. Decisão judicial”*.

Assevera não ser o objetivo da parte autora a obtenção de informações sobre a Presidência da República, mas relacionadas à intimidade do Presidente da República, o qual é pessoa física e detém personalidade jurídica.

Alega outrossim, haver risco de grave lesão à ordem público-administrativa, pois a União já está cumprindo - inclusive por força de determinação judicial expedida pela Justiça do Distrito Federal - suas atribuições legais em relação aos testes colhidos nos Hospitais Federais, com a devida notificação compulsória aos órgãos de controle epidemiológico, nos casos de resultados positivos da COVID-19. Aduz, ainda, não competir *“à União apresentar à imprensa os testes de exames de qualquer pessoa física, mas sim cumprir a sua obrigação legal de notificação compulsória as autoridades sanitárias em caso de exames positivos”*.

Sendo assim, afirma que no *“conceito de ordem pública está o de ordem administrativa em geral, concebida esta como a normal execução de serviços públicos e regular andamento dos atos praticados pela Administração, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas, sendo vedado ao Estado-juiz pretender atuar como Estado-administração ou impor à Administração a prática de atos não abrangidos por sua competência e nem circunscritos às suas atribuições legais e constitucionais”*.

Em relação ao mérito, defende não haver obrigação legal de apresentação de informações pessoais dessa natureza e *“nem mesmo os princípios da publicidade, transparência e moralidade permitem que a informação buscada seja disponibilizada ao público em geral, tendo em vista a existência de outros princípios e normas que devem prevalecer no caso em questão, dos quais, destaca-se, a intimidade e a privacidade do Presidente da República”*, sendo que a própria Lei de Acesso à Informação determina o respeito à Intimidade e à privacidade quando se trata de informações pessoais.

Argumenta, ademais, não estarem presentes as hipóteses previstas no artigo 31, §4º, da Lei de Acesso à Informação, sendo, portanto, o pedido ilegal e inconstitucional.

Aduz que a importância do direito à intimidade e à privacidade está estampado não só na própria Constituição Federal, como no Código Penal, no Código de Ética Médica, na Carta dos Direitos aos Usuários da Saúde e na Lei Geral de Proteção de Dados.

Defende não ser aplicável ao caso concreto o julgado citado na decisão recorrida, no sentido de prevalecer o direito de informação sobre o direito à intimidade, por não se pretender na ação a mitigação do direito à intimidade, mas o seu completo afastamento. Alega,

ainda, que o fato de ser Presidente da República não retiraria, por completo, o seu direito à privacidade e à intimidade.

Informa, ao final, que a decisão ora atacada já foi integralmente cumprida com a juntada do relatório médico emitido pela Coordenação de Saúde da Diretoria de Gestão de Pessoas da Secretaria Especial de Administração da Secretaria-Geral da Presidência da República, assinado por dois médicos dotados de fé pública, sendo vedada a sua recusa, nos termos do artigo 19 da Constituição Federal.

Requer a apreciação do presente incidente no plantão judicial, pois a União foi intimada da decisão em 30 de abril de 2020, às 18h48, para apresentar, no prazo de 48 horas, todos os laudos de exames aos quais o Presidente da República foi submetido para a detecção da COVID- 19.

Por fim, requer a concessão da liminar neste incidente para suspender os efeitos da decisão impugnada até o trânsito em julgado da ação originária.

É o relatório.

DECIDO.

O instituto da suspensão de liminar, previsto em caráter geral pelos artigos 4º, § 7º, da Lei 8.437/92 e 1º da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, constitui medida excepcional, somente sendo admitida na hipótese de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Acrescente-se que a utilização do presente instrumento pressupõe a demonstração *concreta e efetiva* de ameaça de lesão significativa à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas – requisitos de seu conhecimento (Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Segurança 1026-3). No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL. EXEQUIBILIDADE DE PROPOSTA. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. VIA INADEQUADA PARA ANÁLISE DO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS.

1. O deferimento do pedido de suspensão está condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa grave lesão a um dos bens tutelados pela legislação de regência.
2. O instituto da suspensão de segurança, por não ser sucedâneo recursal, é inadequado para a apreciação do mérito da controvérsia.
3. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos não foram infirmados.
4. Agravo interno desprovido.

(AgInt na SS 2976/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15.2.2019).

Tal interpretação é coerente com a impossibilidade de utilização do instrumento como sucedâneo recursal, vale dizer, não se pode, na cognição do pedido de suspensão de segurança ou liminar, analisar o mérito da causa na qual proferida decisão cujos efeitos se pretende suspender.

Com efeito, a *ordem pública*, apontada na presente medida de contracautela como fundamento para a suspensão da decisão liminar, há de abranger, evidentemente, a ordem político-administrativa, a regularidade das políticas públicas e o funcionamento adequado do aparato estatal.

Pois bem. Na presente suspensão de liminar, a União Federal sustenta seu pedido em dois argumentos principais. O primeiro diz respeito à sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação originária e o segundo ao potencial risco à ordem pública decorrente da decisão de deferimento da tutela de urgência proferida em primeiro grau de jurisdição.

Quanto à alegação de ilegitimidade da União Federal, o art. 4º da Lei 8.437/92 estabelece que *compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas* (grifos do subscritor).

A ilegitimidade, portanto, que justificaria a concessão da suspensão de liminar deve ser *flagrante, evidente*, não deixando dúvidas quanto ao seu reconhecimento. Alegações de ilegitimidade que demandem aprofundado exame da controvérsia não permitem seu acolhimento no bojo da medida de contracautela, cuja análise deve ser circunscrita aos requisitos legais. Não se cuida o presente instrumento, repita-se, de sucedâneo recursal, que permita a análise exauriente de todos os elementos da ação.

No caso vertente, o manejo da ação em face da União Federal - repousa no fato de se pleitear a apresentação dos exames a que foi submetido o mandatário e ocupante do elevado cargo de Chefe do Poder Executivo Federal. Dessarte, não se trata de personalíssimo direito à manutenção da privacidade dos resultados dos exames, senão de informação que se reveste de interesse público acerca do diagnóstico da contaminação ou não pelo Covid-19.

Esta apreciação perfunctória basta, por si só, para justificar o ajuizamento da ação em face da União Federal, pelo que não se revela manifesta ou evidente sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação originária. Vale repisar que o aprofundamento da análise da legitimidade ultrapassaria os contornos estreitos deste instrumento processual, a ser desenvolvido no âmbito dos recursos ordinários que a decisão judicial de primeiro grau de jurisdição desafia.

Aliás, insta ressaltar que a D. Magistrada de primeiro grau já analisou a legitimidade da União Federal para o fornecimento dos laudos dos exames, sob o argumento de que os órgãos da União Federal, entre os quais a Presidência da República, não possuem personalidade jurídica própria. Desta forma, a reanálise da questão por esta Presidência implicaria transmutar a medida de contracautela em recurso com amplo espectro de devolutividade, em descompasso com sua disciplina legal.

Confira-se, a respeito, a seguinte decisão de lavra da E. Desembargadora Federal Thezinha Cazerta:

Tanto a litispendência quanto a legitimidade ativa são aspectos processuais cuja análise pertine à via jurisdicional ordinária, não dizendo respeito às consequências da tutela provisória deferida, mas sim a pressupostos entendidos como presentes no momento em que a decisão foi tomada pelo juízo de origem. Nesse sentido, a suspensão de liminar não é um recurso no qual se poderia determinar, por exemplo, a remessa do processo ao juízo supostamente competente ou a ilegitimidade de uma parte, mas uma via originária, independente, com requisitos próprios, que não são satisfeitos com argumentos de índole processual. Nessa direção, interpretar, como fazem os requerentes, as controvérsias sobre litispendência e legitimidade ativa como violações “à ordem jurídica”, significaria dizer que praticamente qualquer tutela provisória poderia ser submetida à sistemática da suspensão de liminar, desde que se argumentasse a sua oposição material ou processual a uma determinada norma jurídica – algo

incompatível com o caráter excepcional do mecanismo processual. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA (11555) Nº 5001359-74.2020.4.03.0000 - DJE 29.01.2020.

No que tange ao segundo argumento exposto pela União Federal, verifica-se que no presente caso não há demonstração *concreta e efetiva* de ameaça de lesão significativa à ordem pública, compreendida aqui como ordem político-administrativa.

Conforme se observa da fundamentação da União Federal, haveria lesão à ordem público-administrativa sob os seguintes aspectos:

Assim, constata-se, de plano, que a União tem observado todas as normas nesse momento de pandemia, em caso de testes positivos de COVID-19, não apenas em relação ao Presidente da República, mas de todas as pessoas que realizam testes no Hospitais Militares e Federais.

Entretanto, a decisão judicial liminar, com relação à que se busca a presente suspensão, impõe à União a obrigação de proceder a apresentação de testes de detecção do COVID-19 realizados pelo Presidente da República, sem qualquer respaldo legal, interferindo no rito observado entre a União e as autoridades de controle epidemiológico.

Nota-se que, de maneira prematura, sem qualquer aprofundamento no processo em primeira instância quanto às preliminares alegas e a questão de mérito, a União é obrigada a apresentar os testes de COVID-19 de pessoa física que sequer faz parte da ação processual e foi abrangido pela decisão cominatória. A União é a única ré na demanda originária.

A União sofre grave lesão à ordem administrativa em face da decisão que deferiu a tutela de urgência, que lhe impõe e constrange, sob pena de aplicação e multa, a adoção de ato que não observa qualquer normativo específico relativo à pandemia da COVID-19, violando direito à intimidade e à privacidade de pessoa física.

Em realidade, a decisão judicial de 1ª instância determina ao ente público a apresentação de teste realizado pelo Presidente da República, pessoa física. Ora, não compete à União apresentar à imprensa os testes de exames de qualquer pessoa física, mas sim cumprir a sua obrigação legal de notificação compulsória as autoridades sanitárias em caso de exames positivos”.

(...)

Assim, reitera-se, o conceito de ordem pública está o de ordem administrativa em geral, concebida esta como a normal execução de serviços públicos e regular andamento dos atos praticados pela Administração, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas, sendo vedado ao Estado-juiz pretender atuar como Estado-administração ou impor à Administração a prática de atos não abrangidos por sua competência e nem circunscritos às suas atribuições legais e constitucionais.

A União Federal, em sua petição inicial, limita-se a justificar que não existe obrigatoriedade no fornecimento dos laudos dos exames realizados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Não demonstra, ainda que de maneira superficial, em que medida a decisão de primeiro grau tenha o potencial concreto de ofensa à ordem pública.

Em seu extenso arrazoado, tece, inclusive, considerações acerca da tese de fundo invocada em sua defesa na ação originária, mas não atende à determinação legal de comprovar o risco à ordem pública, tal como alega existir.

Acrescente-se, ainda, que o presente instrumento não comporta a averiguação sobre o integral cumprimento da tutela de urgência ou seu eventual descumprimento, senão a verificação de sua potencialidade de constituir ameaça de lesão significativa à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, como referido algures. Do mesmo modo, as

questões suscitadas como mérito, relativas aos direitos à intimidade e à privacidade, não comportam análise na estreita via do pedido de suspensão.

Diante do exposto, ausente e comprovação dos fundamentos legalmente exigidos, *INDEFIRO* a suspensão pleiteada.

Comuniquem-se, com urgência, em regime de plantão, o juízo da 14ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo e a União Federal.

Intimem-se.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

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

São Paulo, 2 de maio de 2020.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Presidente

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL

5001019-90.2016.4.03.6105

Apelante: TERESINHA APARECIDA CARDOSO
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/04/2020

EMENTA

AÇÃO DE RITO COMUM – DANOS – SAQUE EM CONTA DO CLIENTE – FURTO DE CARTÕES – NEXO CAUSAL ENTRE O EVENTO DANOSO E A FALHA NO SERVIÇO BANCÁRIO – RESPONSABILIZAÇÃO DA CEF CONSUMADA. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA.

- A Caixa Econômica Federal tem o dever de indenizar a parte em casos nos quais contribui para o ilícito que gera lesão a seus clientes (Súmula 297 do E. STJ). Criando facilidades para créditos automáticos sem controles mínimos, a CEF se expõe a responsabilizações em casos de irregulares transações.
- Da análise dos autos, é incontroverso que foi realizado empréstimo com utilização de cartão bancário de titularidade da autora, que negou a autoria da referida movimentação, tendo a CEF, por outro lado, sustentado a inexistência de falha na prestação do serviço. A instituição financeira argumenta que no curso do processo de contestação da operação a requerente declarou manter a senha anotada juntamente com o cartão, mas não comprovou tal alegação.
- Inexistindo culpa exclusiva da vítima, e constatado que a CEF não agiu com a cautela necessária e esperada na prestação dos seus serviços, há negligência da instituição financeira e, por consequência, o dever de indenizar danos materiais sofridos pelo cliente.
- Todavia, o relato dos autos não acusa lesão moral que justifique a indenização pretendida, que ficou no âmbito do mero desconforto.
- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO (Relator): Cuida-se de ação declaratória de inexistência de débito combinada com danos morais, na qual a parte autora pleiteia o cancelamento do empréstimo atrelado a sua conta bancária junto à Caixa Econômica Federal (número 00021263-2, agência 4792 – Morungaba), bem como sua não

inclusão em cadastro de maus pagadores. Em síntese, aduz a requerente ter sido vítima de furto no dia 09/07/2016, tendo registrado Boletim de Ocorrência na mesma data. Relata que ao realizar o requerimento do bloqueio de sua conta junto à parte ré, verificou ter sido realizada a contratação de operação de crédito (CDC AUTOMATICO), no montante de R\$ 6.500,00.

A inicial veio instruída com diversos documentos, dentre os quais cópia do boletim de ocorrência, do extrato bancário e protocolo de contestação.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar inexistente a contratação controvertida nestes autos, condenar a ré a cancelar os apontamentos externos e débitos em conta dela decorrentes, bem como a restituir eventual débito já realizado por esse motivo, com atualização do valor desde a data de cada débito e juros conforme a Tabela da Justiça Federal, desde a citação. Julgou improcedente o pedido de condenação em danos morais. Verba honorária de cada patrono pelas respectivas partes e repartidas as custas.

Inconformada, apela a parte autora, reiterando o pleito de integral procedência, com a condenação da instituição bancária a uma indenização por danos morais no valor equivalente ao décuplo do montante do empréstimo, ou seja, R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais).

Requer, ainda, a inversão do ônus sucumbencial e a majoração da verba honorária.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO (Relator): A autora propôs a presente ação, com pedido de tutela de urgência, relatando que, em 09/07/2016, quando na região central da cidade de Amparo, São Paulo, percebeu o furto de sua carteira, na qual mantinha documentos pessoais e cartões bancários, listados no Boletim de Ocorrência de nº 2119/2016. Informa, na petição inicial, ter se deslocado, no dia 12/07/2016, à agência 4.792, lotada na cidade de Morungaba e que, “antes da formalização do bloqueio frente à Caixa Econômica Federal, o autor do furto realizou a contratação de um CDC AUTOMATICO no importe de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais)”. Sustentou que a referida operação teria natureza de ato ilícito, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos, na medida em que realizada por meio fraudulento, com uso de documentação furtada, pelo que devida não só a declaração de nulidade do empréstimo realizado em sua conta corrente, com a imediata suspensão de débitos, não inclusão de seu nome em cadastro de inadimplentes, mas também o pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 65.000,00, equivalente a dez vezes à operação financeira.

A tutela de urgência foi deferida para determinar que a ré se abstinhasse de efetuar novos descontos a título de prestação do empréstimo realizado em nome da autora ou incluir seu nome em cadastro de inadimplentes.

A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente a demanda, motivo do apelo ora apreciado.

A autora, nascida em 07/07/1955, merendeira (conforme consta da cópia do Boletim de Ocorrência anexado aos autos), narrou furto de sua carteira, na qual mantinha diversos cartões bancários, dentre eles o utilizado para a operação de empréstimo ora debatida.

O Código Civil, em seu artigo 927, parágrafo único, dispõe que haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza risco para os direitos de outrem:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

É verdade que, havendo culpa exclusiva do cliente, não pode ser imposto à CEF o dever de reparar dano para o qual não concorreu. Todavia, o relatado nos autos diz respeito à CDC AUTOMÁTICO, de tal modo que a CEF cria facilidades para obtenção de crédito por seus clientes, expondo-se também a vícios que tais operações podem ensejar. Houvesse controle elementar da parte da instituição financeira, o empréstimo não seria concedido.

Nesse contexto, verifica-se o dever da Caixa Econômica Federal de indenizar a parte em razão da responsabilidade própria das instituições financeiras, em face da submissão aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento pacífico da jurisprudência pátria, inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: “*Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*”.

Da análise dos autos, é incontroverso que realizado empréstimo com utilização de cartão bancário de titularidade da autora, que negou a autoria da referida movimentação, tendo a CEF, por outro lado, sustentado a inexistência de falha na prestação do serviço.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de outras Cortes Regionais já firmou entendimento segundo o qual, não obstante a aplicação da responsabilidade objetiva, essa deve ser elidida quando estiver caracterizada a culpa exclusiva da vítima.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS - SAQUE S INDEVIDO S EM CONTA-CORRENTE - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - ART. 14, § 3º DO CDC - IMPROCEDÊNCIA.

1 - Conforme precedentes desta Corte, em relação ao uso do serviço de conta-corrente fornecido pelas instituições bancárias, cabe ao correntista cuidar pessoalmente da guarda de seu cartão magnético e sigilo de sua senha pessoal no momento em que deles faz uso. Não pode ceder o cartão a quem quer que seja, muito menos fornecer sua senha a terceiros. Ao agir dessa forma, passa a assumir os riscos de sua conduta, que contribui, à toda evidência, para que seja vítima de fraudadores e estelionatários. (RESP 602680/BA, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJU de 16.11.2004; RESP 417835/AL, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJU de 19.08.2002).

2 - Fica excluída a responsabilidade da instituição financeira nos casos em que o fornecedor de serviços comprovar que o defeito inexistente ou que, apesar de existir, a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º do CDC).

3 - Recurso conhecido e provido para restabelecer a r. sentença.

(RESP 200301701037, JORGE SCARTEZZINI, STJ - QUARTA TURMA, DJ DATA:14/11/2005 PG:00328)

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUES EFETUADOS POR TERCEIROS EM CONTA-POUPANÇA MEDIANTE USO DE CARTÃO MAGNÉTICO. CULPA EXCLUSIVA DA AUTORA. AUSÊNCIA DE DANOS MORAL E MATERIAL A SEREM REPARADOS. DEFERIMENTO DA GRATUIDADE PROCESSUAL.

1. Saques efetuados por terceiros em conta-poupança, que só ocorreram pela ausência de zelo da Autora-Apelante, na guarda do respectivo cartão magnético e da senha pessoal, não podem ser considerados como atos ilícitos a imputar responsabilidade civil aos prepostos da instituição bancária prestadora do serviço.
2. Ausência de prova quanto a uma suposta clonagem do cartão, violação ou falha do sistema eletrônico de movimentação no auto-atendimento, tampouco registro de furto ou perda do meio magnético.
3. A alegada movimentação desautorizada, acompanhada, tão-somente, dos extratos da conta da Autora, não é bastante para a responsabilização da instituição financeira, pois a esta basta comprovar que a operação foi efetuada com o cartão do cliente, o qual tinha a sua guarda, e não que foi este (o cliente), pessoalmente, quem realizou os saques.
4. Se não há prova de que a CEF agiu de forma ilícita não há suporte jurídico a referendar pleito de indenização. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 602680/BA, Ministro Fernando Gonçalves).
5. Apelação provida, em parte, para afastar os ônus da sucumbência em face da gratuidade processual (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 313.348-9/RS) reconhecida no Juízo “a quo”, em favor do Apelante, e confirmada neste Juízo. (AC 200881000030280, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::24/08/2012 - Página 176.)

AÇÃO ORDINÁRIA - DANOS - SAQUE REALIZADO COM CARTÃO INTERNACIONAL NA BOLÍVIA - VITIMOLOGIA - ERRO DE VIGILÂNCIA - DEVER DE ZELO INOBSERVADO - AUSÊNCIA DE MÍNIMO SUBSTRATO À TESE DO PÓLO AUTOR (INVERSÃO PROBATÓRIA CONSUMERISTA INOPONÍVEL) - RESPONSABILIZAÇÃO DA CEF INCONSUMADA/AUSENTE - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO.

1. Expõe o autor que a cobrança de valores, tidos como gastos na Bolívia, improcede, vez que jamais esteve naquele país, colimando a condenação da CEF ao pagamento de danos morais e por perdas e danos, bem assim a declaração de inexistência de débito e a retirada de seu nome de cadastros de inadimplentes.
2. Carece o mirado lastro responsabilizatório de substância, inexistindo nos autos elementos cabais a demonstrarem concorreu a parte ré para com o ventilado evento danoso.
3. Chama atenção o fato de que não demonstra o postulante sua efetiva localização no dia em que os débitos foram realizados na Bolívia, 15/10/2005, quando poderia elucidar realmente encontrava-se em solo pátrio.
4. Instado o pólo apelante a especificar provas, “empurrou” a responsabilidade para o Juízo, data venia, a fim de que este designasse audiência com o fito de que eventuais dúvidas fossem dirimidas.
5. De tudo quanto carreado à causa se deduz, sim, por um lado, possa ter “pecado” o agente financeiro, em não deter potencialmente vigilância permanente e individuada a cada correntista, em cunho indefinido no tempo, sobre o movimento bancário em seus caixas automáticos/terminais que aceitam seus cartões, porém também elementar se afigura, por outro, possa ter a parte autora, claramente, incorrido em erro in vigilando, quando menos, com relação ao cartão magnético de movimentação.
6. De se salientar seja a guarda e utilização do cartão de exclusiva responsabilidade do titular da conta, demonstrando o quadro dos autos superveniente fato a culminar no indevido manuseio do cartão e da senha personalíssima, sendo que a movimentação por cartão magnético apenas é possível por meio de senha secreta, reiterar-se, de molde a tramitarem no sistema retratados saques de forma segura.

7. Ausente consumerismo que abrigue tão almejada “façanha”, *data venia*, de desejar se transmutar de causador a todo este episódio em vítima o próprio originário demandante, em cômoda e inacatável angulação face aos autos, assim sem sucesso preceitos da Lei 8.078/90, em apelo invocados, *data venia*.

8. Improvimento à apelação. Improcedência ao pedido.

(AC 00057154620064036126, JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/10/2010 PÁG. 133).

Nesse sentido, a instituição financeira argumenta que, no curso do processo de contestação da operação, a requerente declarou manter a senha anotada juntamente com o cartão (Num. 80401023 – pág. 4). A despeito da sobredita alegação, em nenhum momento a parte ré juntou aos autos tal documentação, pelo que considero não demonstrada, no curso do corrente processo, culpa exclusiva da vítima que permitiria a já tratada elisão da responsabilidade.

Assim, é certo que houve movimentação da conta bancária da autora através do cartão magnético furtado, não tendo sido provado pela Caixa Econômica Federal que o acesso à senha do cartão se deu por comportamento culposo da própria autora.

Conclui-se, conforme acima exposto, que a CEF não agiu com a cautela necessária e esperada na prestação dos seus serviços, configurando negligência da instituição financeira, o que acarreta a necessidade de recomposição da conta da autora ao *status quo ante*.

Todavia, não vejo demonstrado a lesão moral que justifique a indenização pretendida. Por certo, há desconforto da parte-autora, dado que foi vítima de assalto, mas não ao ponto de invadir sua esfera moral e justificar a pretendida indenização. A sentença proferida consigna inexistirem evidências de o fraudador ser terceiro vinculado à CEF (ao final, a maior prejudicada pela avença, ante a presente responsabilização), ao passo em que a autora não comprovou dano moral como (p. ex., impedimento a contratações diversas, que meramente afirma na petição inicial).

Não havendo prova de outro prejuízo moral qualquer, como situação vexatória específica ou privação de crédito necessário ou desejado em ocasião determinada, não há que se falar em indenização por dano moral.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5000206-93.2017.4.03.6116

Apelantes: FRANCISCO NOTARIO, JOSÉ CARLOS FURTADO, MARISA DE ANDRADE DORSI, PAULO PEREIRA DE SOUZA, ROSICLEI APARECIDA MARTINS CARDOSO

Apeladas: COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/04/2020

EMENTA

SFH. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA POR VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. CESSÃO DOS DIREITOS DO CONTRATO (CONTRATO DE GAVETA) SEM ANUÊNCIA DA CEF. IMPOSSIBILIDADE. QUITAÇÃO DO FINANCIAMENTO. INTERESSE DE AGIR DOS SEGURADOS. INTERPRETAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO CONSOANTE A SUA FUNÇÃO SOCIAL, A BOA-FÉ OBJETIVA, E A NATUREZA ADESIVA. IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. APELO PROVIDO.

1. A presente ação foi ajuizada com o escopo de condenar as requeridas a proceder à indenização securitária por supostos danos ao imóvel vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH, decorrentes de vícios de construção.
2. A Lei nº 10.150/2000 prevê o reconhecimento dos denominados “contratos de gaveta”, consoante se observa da leitura do artigo 20 do referido diploma normativo.
3. Compulsando os autos, verifica-se que o contrato de cessão em que o Apelante José Carlos Furtado figurou como promissário cessionário, foi firmado em 05/08/2003, depois do período máximo admitido no referido repetitivo, isto é, posteriormente a 25.10.1996, sendo, portanto, indispensável a anuência da instituição financeira.
4. Precedentes do C. STJ.
5. Seria indispensável, portanto, a anuência da instituição financeira em relação à cessão em referência, o que, contudo, não ocorreu, ensejando, assim, a ilegitimidade ativa *ad causam* do cessionário apelante.
6. O tema enfrentado nos autos versa sobre contrato de seguro adjeto ao contrato de mútuo, firmado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, entre a estipulante (Seguradora) e o agente financeiro financiador (Caixa Econômica Federal), não contando com a participação direta do Mutuário (beneficiário), a não ser pelo pagamento das parcelas do seguro.
7. Não se trata, destarte, de um típico contrato de seguro em que segurador e segurado firmam voluntariamente o contrato; no seguro habitacional a autonomia de vontade das partes, sobretudo do mutuário, é significativamente reduzida, de modo que a celebração do contrato se dá de forma compulsória, atrelada ao contrato de mútuo, sendo suas cláusulas previamente estabelecidas por normas da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, tudo com o objetivo de atender às exigências próprias do Sistema Financeiro da Habitação.
8. Os danos que decorrem dos vícios estruturais presentes no imóvel, apesar de, na maior parte das vezes, permanecerem imperceptíveis e surgirem de modo paulatino

com a ação do tempo, têm sua origem ainda durante o curso do contrato, já que, como sabido, são danos decorrentes de vícios de construção, de forma que a quitação do contrato não suprime o direito à cobertura do sinistro havido, repita-se, na vigência da relação contratual securitária que garante essa indenização.

9. A quitação do contrato, portanto, com o pagamento de todas as parcelas do seguro, antes de eximir a seguradora da indenização, reforça a ideia de que o seguro deve cobrir todos os danos advindos de defeitos construtivos que se iniciaram na vigência da relação securitária.

10. Rechaçada a preliminar de ausência de interesse de agir.

11. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “*em se tratando de seguro habitacional, de remarcada função social, há de se interpretar a apólice securitária em benefício do consumidor/mutuário e da mais ampla preservação do imóvel que garante o financiamento*”, concluindo pela “impossibilidade de exclusão do conceito de danos físicos e de ameaça de desmoronamento, cujos riscos são cobertos, de causas relacionadas, também, a vícios construtivos” (EDcl no AgRg no REsp 1.540.894/SP, julgado em 24/05/2016, DJe de 02/06/2016 – grifou-se).

12. Não obstante a hipótese dos autos ser diversa, no sentido de que o contrato de financiamento habitacional foi averbado na apólice do extinto SH/SFH (ramo público 66), razão pela qual não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor, nada impede que a situação *sub judice* seja também analisada à luz da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

13. A situação deve ser analisada com certa temperança, não cabendo a improcedência imediata dos pedidos, principalmente quando há suspeita de vícios nos elementos estruturais dos imóveis. Ainda que não haja cobertura expressa acerca dos vícios construtivos, não há como dissociá-los completamente, das hipóteses que efetivamente detêm cobertura, como o risco de desmoronamento total ou parcial do imóvel, interdição, ou qualquer situação estrutural que comprometa a segurança e habitualidade do imóvel.

14. Entretanto, o julgamento da questão de fundo não se mostra viável neste momento por esta e. Corte, nos termos do artigo 1.013, § 3º, dado que não foi aberta a fase instrutória em primeira instância, fase esta necessária para formação do convencimento do magistrado para analisar a pretensão de cobertura de seguro frente aos vícios construtivos apontados na exordial.

15. Apelação a que se dá parcial provimento, para reformar a sentença, a fim de afastar o decreto de extinção do feito sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir dos autores Francisco Notário, Mariza de Andrade Dorsi Silva, Paulo Pereira de Souza e Rosiclei Aparecida Martins Cardozo, e determinar que os autos retornem à vara de origem para que seja realizada a instrução processual.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de apelação para reformar a sentença, a fim de afastar o decreto de extinção do feito sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir dos autores Francisco Notário, Mariza de Andrade Dorsi Silva, Paulo Pereira de Souza e

Rosiclei Aparecida Martins Cardozo, e determinar que os autos retornem à vara de origem para que seja realizada a instrução processual, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

Trata-se do julgamento do recurso de apelação interposto pelos autores, em face da sentença proferida nos autos da presente *ação ordinária de responsabilidade obrigacional securitária*, que

a) *declarou extinta a presente ação, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do atual Código de Processo Civil, reconhecendo a ilegitimidade ativa do autor JOSÉ CARLOS FURTADO para o ajuizamento da demanda; e*

b) *declarou extinto o feito, sem a resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil (falta de interesse de agir), em relação aos coautores FRANCISCO NOTÁRIO, MARIZA DE ANDRADE DORSI SILVA, PAULO PEREIRA DE SOUZA e ROSICLEI APARECIDA MARTINS CARDOZO.*

Condenação dos autores ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, restando suspensas as obrigações decorrentes de sua sucumbência e condicionadas à demonstração de que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos, conforme preconiza o artigo 98, § 3º, do Novo Código de Processo Civil.

Os autores, inconformados, sustentam em suas razões de apelação (ID. 8267490), (i) que os danos existentes nos imóveis são decorrentes de vícios de construção, e por isto, são contemporâneos à construção, além de serem contínuos, progressivos e permanentes; e existiam antes das quitações dos financiamentos, mesmo que não estivessem visíveis aos olhos de leigos, sendo evidente que a quitação posterior do financiamento dos imóveis não tem o condão de eximir a seguradora de suas responsabilidades; e (ii) que a a Medida Provisória nº 1.981-52, de 27 de setembro de 2.000 reconheceu a validade das transferências de direitos ajustadas em contratos de gaveta, recibos, procurações, termos de intenções, enfim, todo e qualquer instrumento particular ou público que sirva de prova de aquisição de bem imóvel, servindo assim, para todos os fins e efeitos. Portanto, se e os Autores adquiriram através de contrato de financiamento junto a COHAB imóvel financiado pelo SFH, objeto do presente seguro, o que é o caso dos autos, sustentam que é suficiente para dar ao autor José Carlos Furtado, legitimidade ativa para demandar em Juízo.

Com contrarrazões da Companhia Excelsior de Seguros, os autos subiram a esta Eg. Corte e vieram-me conclusos.

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

A matéria devolvida a este Tribunal diz respeito com a responsabilidade da requerida pelos sinistros constatados no imóvel dos Apelantes, relativos a progressividade dos vícios de

construção, que dificultam seu uso e habitabilidade e que estão gerando risco de desmoronamento.

Diversas são as questões que se colocam no presente recurso de apelação. A fim de facilitar o desenvolvimento de minha argumentação, passo a analisar cada uma das alegações dos apelantes de forma tópica e individualizada.

Da Ilegitimidade ativa ad causam do autor José Carlos Furtado

A Lei nº 10.150/2000 prevê o reconhecimento dos denominados “contratos de gaveta”, consoante se observa da leitura do artigo 20 do referido diploma normativo:

Art. 20. As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei no 8.692, de 28 de julho de 1993, que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei. Parágrafo único. A condição de cessionário poderá ser comprovada junto à instituição financiadora, por intermédio de documentos formalizados junto a Cartórios de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, ou de Notas, onde se caracterize que a transferência do imóvel foi realizada até 25 de outubro de 1996.

Compulsando os autos, verifica-se que o contrato de cessão em que o Apelante José Carlos Furtado figurou como promissário cessionário, foi firmado em 05/08/2003 (ID. 8267391, pág. 29), depois do período máximo admitido no referido repetitivo, isto é, posteriormente a 25.10.1996, sendo, portanto, indispensável a anuência da instituição financeira.

O colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, segundo o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973:

RECURSO ESPECIAL. REPETITIVO. RITO DO ART. 543-C DO CPC. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CESSIONÁRIO DE CONTRATO DE MÚTUO. LEI Nº 10.150/2000. REQUISITOS.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1 *Tratando-se de contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS, avençado até 25/10/96 e transferido sem a interveniência da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.*

1.2 Na hipótese de contrato originário de mútuo sem cobertura do FCVS, celebrado até 25/10/96, transferido sem a anuência do agente financiador e fora das condições estabelecidas pela Lei nº 10.150/2000, o cessionário não tem legitimidade ativa para ajuizar ação postulando a revisão do respectivo contrato.

1.3 No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25/10/1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles sem referida cobertura.

2. Aplicação ao caso concreto: 2.1. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido.

Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ nº 8/2008.

(REsp 1150429/CE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/04/2013, DJe 10/05/2013)

Desse modo, seria indispensável a anuência da instituição financeira em relação à cessão em referência, o que, contudo, não ocorreu, ensejando, assim, a ilegitimidade *ativa ad causam* do cessionário apelante.

A sentença deve ser mantida nesse ponto, portanto.

Da quitação do financiamento

O tema enfrentado nos autos versa sobre contrato de seguro adjeto ao contrato de mútuo, firmado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, entre a estipulante (Seguradora) e o agente financeiro financiador (Caixa Econômica Federal), não contando com a participação direta do Mutuário (beneficiário), a não ser pelo pagamento das parcelas do seguro.

Não se trata, destarte, de um típico contrato de seguro em que segurador e segurado firmam voluntariamente o contrato; no seguro habitacional a autonomia de vontade das partes, sobretudo do mutuário, é significativamente reduzida, de modo que a celebração do contrato se dá de forma compulsória, atrelada ao contrato de mútuo, sendo suas cláusulas previamente estabelecidas por normas da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, tudo com o objetivo de atender às exigências próprias do Sistema Financeiro da Habitação.

A quitação do contrato, entretanto, não suprime o direito à cobertura do sinistro havido, repita-se, na vigência da relação contratual securitária que garante essa indenização.

Os danos que decorrem dos vícios estruturais presentes no imóvel, apesar de, na maior parte das vezes, permanecerem imperceptíveis e surgirem de modo paulatino com a ação do tempo, têm sua origem ainda durante o curso do contrato, já que, como sabido, são danos decorrentes de vícios de construção, de forma que a quitação do contrato não suprime o direito à cobertura do sinistro havido, repita-se, na vigência da relação contratual securitária que garante essa indenização.

Nesse sentido, inclusive, já se posicionou esta Eg. Turma, conforme recente precedente que ora colaciono:

APELAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO EM QUE SE DISCUTE COBERTURA SECURITÁRIA. FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS - FCVS. APÓLICE PÚBLICA - RAMO 66. CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR DA CEF. APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES FIRMADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VÍCIO DE CONSTRUÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. RECUSA A INDENIZAR. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. A Segunda Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EDcl nos EDcl no REsp 1.091.363-SC, consolidou o entendimento de que para que seja possível o ingresso da CEF no processo, deve-se comprovar documentalmente, não apenas a existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade de Apólice - FESA, colhendo-se o processo no estado em que se encontrar, sem anulação de nenhum ato processual anterior.

II. Conforme se infere do julgado supratranscrito, é necessário para a configuração do interesse da Caixa Econômica Federal que o contrato tenha sido celebrado entre 02.12.1988 e 29.12.2009; que o instrumento esteja vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66), bem como a demonstração cabal do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA.

III. No caso dos autos, o contrato foi assinado dentro do período referenciado, o que afasta o atrai da Caixa Econômica Federal em integrar o feito e impõe o reconhecimento da competência absoluta da Justiça Federal.

IV. Os danos decorrentes de vícios de construção são daqueles que se protraem no tempo já

que esses últimos podem permanecer ocultos por período indeterminado. Nestas circunstâncias, não se tem uma data precisa para o início da contagem do prazo prescricional, não sendo parâmetro para o cálculo do prazo a data da construção do imóvel.

V. A extinção do contrato também não tem o condão de atingir de imediato a pretensão do mutuário, já que este também é protegido pelo seguro obrigatório, que não se destina exclusivamente a proteger a garantia do mútuo e os vícios ocultos remontam ao período de sua vigência.

VI. Para estes efeitos, o STJ, acompanhado por esta Primeira Turma do TRF da 3ª Região, vem adotando o entendimento de que a pretensão do beneficiário do seguro irrompe apenas no momento em que, comunicado o fato à seguradora, esta se recusa a indenizar: STJ, REsp 1143962/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 09/04/2012.

VII. Apelação parcialmente provida. (ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL / SP 5001672-15.2018.4.03.6108, Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, 1ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/05/2019).

Na realidade, o pagamento de todas as parcelas do seguro, antes de eximir a seguradora da indenização, reforça a ideia de que o seguro deve cobrir todos os danos advindos de defeitos construtivos que se iniciaram na vigência da relação securitária.

Rechaço, portanto, a alegação de falta de interesse de agir dos autores, em decorrência da quitação do contrato de financiamento.

Superadas essas questões preliminares, passo à análise da cobertura securitária propriamente dita.

Da Cobertura Securitária

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “em se tratando de seguro habitacional, de remarcada função social, há de se interpretar a apólice securitária em benefício do consumidor/mutuário e da mais ampla preservação do imóvel que garante o financiamento”, concluindo pela “impossibilidade de exclusão do conceito de danos físicos e de ameaça de desmoronamento, cujos riscos são cobertos, de causas relacionadas, também, a vícios construtivos” (EDcl no AgRg no REsp 1.540.894/SP, julgado em 24/05/2016, DJe de 02/06/2016 – grifou-se).

Nesse sentido, ainda, o posicionamento exarado nos recentes precedentes da Eg. Terceira Turma:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO (VÍCIOS OCULTOS). AMEAÇA DE DESMORONAMENTO. CONHECIMENTO APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ OBJETIVA PÓS-CONTRATUAL. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de indenização securitária proposta em 21/07/2009, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 06/07/2016 e concluso ao gabinete em 06/02/2017.
2. O propósito recursal consiste em decidir se a quitação do contrato de mútuo para aquisição de imóvel extingue a obrigação da seguradora de indenizar os adquirentes-segurados por vícios de construção (vícios ocultos) que implicam ameaça de desmoronamento.
3. A par da regra geral do art. 422 do CC/02, o art. 765 do mesmo diploma legal prevê, especificamente, que o contrato de seguro, tanto na conclusão como na execução, está fundado na boa-fé dos contratantes, no comportamento de lealdade e confiança recíprocos, sendo qualificado pela doutrina como um verdadeiro “contrato de boa-fé”.
4. De um lado, a boa-fé objetiva impõe ao segurador, na fase pré-contratual, o dever, dentre

outros, de dar informações claras e objetivas sobre o contrato para que o segurado compreenda, com exatidão, o alcance da garantia contratada; de outro, obriga-o, na fase de execução e também na pós-contratual, a evitar subterfúgios para tentar se eximir de sua responsabilidade com relação aos riscos previamente cobertos pela garantia.

5. O seguro habitacional tem conformação diferenciada, uma vez que integra a política nacional de habitação, destinada a facilitar a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população. Trata-se, pois, de contrato obrigatório que visa à proteção da família, em caso de morte ou invalidez do segurado, e à salvaguarda do imóvel que garante o respectivo financiamento, resguardando, assim, os recursos públicos direcionados à manutenção do sistema.

6. À luz dos parâmetros da boa-fé objetiva e da proteção contratual do consumidor, conclui-se que os vícios estruturais de construção estão acobertados pelo seguro habitacional, cujos efeitos devem se prolongar no tempo, mesmo após a extinção do contrato, para acobertar o sinistro concomitante à vigência deste, ainda que só se revele depois de sua conclusão (vício oculto).

7. Constatada a existência de vícios estruturais acobertados pelo seguro habitacional e coexistentes à vigência do contrato, hão de ser os recorrentes devidamente indenizados pelos prejuízos sofridos, nos moldes estabelecidos na apólice.

8. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1717112/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 11/10/2018)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SEGURO HABITACIONAL. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO CONSOANTE A SUA FUNÇÃO SOCIAL, A BOA-FÉ OBJETIVA, E A NATUREZA ADESIVA. A CLÁUSULA DAS CONDIÇÕES PARTICULARES DO SEGURO QUE AFASTA A COBERTURA DOS VÍCIOS CONSTRUTIVOS AFRONTA O QUANTO DISPOSTO NO ART. 51, VI E § 2º, DO CDC.

1. Caso concreto em que a alegação de incompetência da Justiça Estadual em face do interesse da CEF já fora objeto de anterior recurso especial entre as mesmas partes, no curso do mesmo processo, tendo sido rechaçada a competência da Justiça Federal em decisão transitada em julgado em 08/10/2018 (REsp 1.673.848-SP).

2. Discussão acerca da abusividade de cláusula constante nas condições particulares do seguro habitacional inserto no âmbito do SFH segundo a qual vícios de construção ou defeitos físicos oriundos de causas internas estejam afastados da cobertura securitária.

3. O seguro é erigido dentro do Sistema Financeiro Habitacional como garantia ao segurado e, do mesmo modo, ao financiador, de modo que possa desempenhar a sua mais clara função: garantir que o segurado seja ressarcido pelos riscos invalidez/morte, danos físicos ao imóvel financiado, e responsabilidade do construtor e que o credor financiante não seja surpreendido com a ruína do imóvel que garante o financiamento.

4. Abusividade da cláusula das condições particulares do seguro habitacional que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato.

5. Incompatibilidade com os fins sociais do seguro obrigatório habitacional, voltado a coadjuvar um sistema pensado na aquisição da casa própria para a população, notadamente de baixa renda, que os principais vícios que acometam o bem objeto de garantia do financiamento não estejam por ele cobertos.

6. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(AgInt no REsp 1702126/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2019, DJe 25/06/2019)

Ainda nessa linha, importante a ressalva do Exmo. Relator acerca da finalidade da contratação de seguro obrigatório:

Reafirmo, não é inteligível para os fins de um contrato de seguro obrigatório voltado a coadjuvar um sistema pensado na aquisição da casa própria para a população, notadamente de baixa renda, que os principais vícios que acometam o bem objeto de garantia do financiamento adquirido não estejam por ele cobertos, especialmente quando, dentro de suas próprias normas e rotinas, preveja-se que a seguradora deverá levar a frente a sanção dos vícios construtivos, intermediando, aliás, o contato com o construtor, responsável principal pelas falhas verificadas no imóvel.

O que se tem visto é imóveis mal construídos, com materiais inapropriados, com técnicas indevidas, em locais que a tanto não se prestam, e tudo isto financiado pelo Poder Público e publicizado ao mercado consumidor supervulnerável, que é o das companhias de habitação popular, como um benefício para as famílias que ali se aventurem em habitar, crentes de que os seus mais básicos interesses (morar em um ambiente sadio e seguro) terão sido observados, ou, senão, que há um contrato de seguro obrigatório a preservar-lhes dos riscos em questão.

Não restam dúvidas, nesse sentido que a jurisprudência da Corte Superior tem evoluído no sentido de adotar um vetor interpretativo favorável ao mutuário, justamente por se tratar de seguro habitacional, visando à preservação do direito constitucional à moradia.

Não obstante a hipótese dos autos ser diversa, no sentido de que o contrato de financiamento habitacional foi averbado na apólice do extinto SH/SFH (ramo público 66), razão pela qual não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor, nada impede que a situação *sub judice* seja também analisada à luz da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Assim, tendo como norte os precedentes acima relacionados, entendo que a situação deve ser analisada com certa temperança, não cabendo a improcedência imediata dos pedidos, principalmente quando há suspeita de vícios nos elementos estruturais dos imóveis.

Com efeito, ainda que não haja cobertura expressa acerca dos vícios construtivos, não há como dissociá-los completamente, das hipóteses que efetivamente detêm cobertura, como o risco de desmoronamento total ou parcial do imóvel, interdição, ou qualquer situação estrutural que comprometa a segurança e habitualidade do imóvel.

Entretanto, o julgamento da questão de fundo não se mostra viável neste momento por esta e. Corte, nos termos do artigo 1.013, § 3º, dado que não foi aberta a fase instrutória em primeira instância, fase esta necessária para formação do convencimento do magistrado para analisar a pretensão de cobertura de seguro frente aos vícios construtivos apontados na exordial.

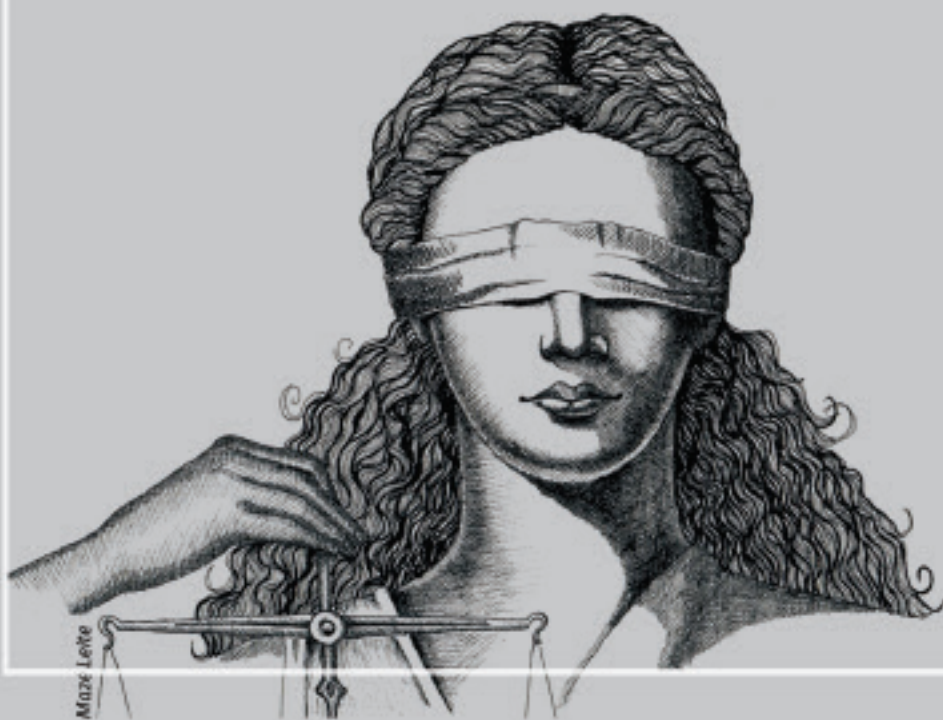
Com efeito, reputo necessário, tomadas as particularidades do caso concreto, que os autos retornem à Vara de origem para que se prossiga com a instrução dos autos.

Dispositivo

Ante ao exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso de apelação para reformar a sentença, a fim de afastar o decreto de extinção do feito sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir dos autores Francisco Notário, Mariza de Andrade Dorsi Silva, Paulo Pereira de Souza e Rosiclei Aparecida Martins Cardozo, e determinar que os autos retornem à vara de origem para que seja realizada a instrução processual.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL

0001177-84.2013.4.03.6123

Apelante: WENDSON RODRIGUES PEREIRA

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/04/2020

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RESISTÊNCIA. USO DE DOCUMENTO FALSO. CNH. CRIMES DE TRÂNSITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL RECONHECIDA DE OFÍCIO. ROUBO MAJORADO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. MANTIDA. PENA DE MULTA.

1. Entre a publicação da sentença condenatória e a presente data transcorreu período de tempo superior a 4 (quatro) anos, ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva estatal dos crimes do art. 304, c.c. o art. 297, e do art. 329 do Código Penal, bem como dos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro, com base nas penas aplicadas. Extinção da punibilidade declarada de ofício.
2. Materialidade, autoria e dolo do crime de roubo majorado comprovados.
3. Não é possível a aplicação do princípio da insignificância porque o crime foi praticado mediante grave ameaça às vítimas, o que descaracteriza a mínima ofensividade da conduta. Precedentes.
4. Pena de multa redimensionada de forma proporcional à pena corporal.
5. Apelação não provida.

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, DE OFÍCIO, com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal, DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE de WENDSON RODRIGUES PEREIRA pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal (CP, arts. 109, V e VI), relativamente aos crimes do art. 304, c.c. o art. 297, e do art. 329 do Código Penal, bem como dos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro, e NEGAR PROVIMENTO à apelação, ficando a pena definitiva, pelo crime de roubo majorado, estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, no valor unitário mínimo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, tendo a Juíza Federal Convocada Monica Bonavina acompanhado com ressalva de seu entendimento quanto à pena de multa.

São Paulo, 26 de março de 2020.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Trata-se de apelação interposta por WENDSON RODRIGUES PEREIRA em face da sentença proferida pela 1ª Vara Federal de Bragança Paulista/SP (fls. 510/513v) que o condenou pela prática, em concurso material, dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I, no art. 304, c.c. o art. 297, no art. 329, todos do Código Penal, e nos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro, à pena total de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 8 (oito) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

A denúncia (fls. 184/185), recebida em 19.12.2013 (fls. 186), narra:

Consta dos autos que, no dia 05 de julho de 2013, por volta das 07:15hs, Policiais Rodoviários Federais receberam a notícia de que um indivíduo dirigindo um caminhão tinha batido no restaurante conhecido por “Frango Assado” (estabelecimento comercial situado à Rodovia Fernão Dias, bairro do Tanque em Atibaia/SP), e, posteriormente, atingido diversos veículos na referida rodovia, parando, em seguida, na faixa de rolamento.

Ao se dirigirem ao local dos fatos, os Policiais Rodoviários Federais encontraram o denunciado WENDSON trancado no veículo caminhão, placas AKO-7795, Feira de Santana/BA, marca MMB, modelo L1620, cor branca, que, ao notar a presença dos policiais, pegou um facão e começou a bater contra o vidro, ameaçando-os. Sem outra opção, os policiais rodoviários quebraram o vidro do veículo e fizeram uso de gás de pimenta para conter o acusado.

Na ocasião, visivelmente alterado, o denunciado apresentou aos Policiais Rodoviários Federais uma Carteira Nacional de Habilitação - CNH, em nome de Nivaldo Ferreira Ramos Souza, fl. 113, pois não possuía carteira de habilitação, e disse que tinha feito uso de cocaína.

Diante dos fatos o indiciado foi conduzido ao Plantão da Polícia Civil em Atibaia/SP, onde se encontrava o gerente do estabelecimento “Frango Assado” (fls. 10), informando que, anteriormente a abordagem policial, o denunciado havia invadido o citado estabelecimento, subtraindo cigarros e gasolina, mediante ameaças contra os funcionários, através da apresentação de um facão. A potencialidade lesiva da arma branca está comprovada pelo laudo de fls. 88/90. Conforme informações prestadas pelo gerente do estabelecimento comercial, o denunciado subtraiu 16 (dezesseis) maços de cigarro e R\$ 320,00 (trezentos e vinte reais) em combustível diesel, fl. 76. O laudo pericial acostado às fls. 107/113 atesta que a CNH apreendida com o denunciado no dia dos fatos é FALSA, de modo que resta configurado o crime de uso de documento falso.

O delito de resistência resta comprovado pelo teor do testemunho dos Policiais Rodoviários Federais que afirmaram que o denunciado ficou ameaçando-os batendo o facão contra os vidros para evitar sua prisão.

Às fls. 66, encontra-se a informação de que o nome do denunciado não consta no sistema INFOSEG condutores, de modo que dirigiu veículo automotor sem a devida habilitação, estando configurado o delito previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro.

Ainda, os Policiais Rodoviários Federais afirmaram que o denunciado estava visivelmente descontrolado, alterado e agitado, sendo que teria afirmado que tinha cheirado cocaína, tomado “rebit” e ingerido bebida alcoólica. Desta feita, é certo que WENDSON dirigiu veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada, caracterizando o crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

A sentença foi publicada em 04.11.2015 (fls. 514).

Em seu recurso (fls. 524/532), o apelante pede a absolvição de todas as acusações, com fundamento no art. 386, V ou VII, do CPP. Argumenta que, quanto ao crime de roubo, não há

provas suficientes para a condenação, mas apenas provas indiretas de testemunhas que não presenciaram os fatos, mas apenas “ouviram dizer”. Subsidiariamente, pede a aplicação do princípio da insignificância. Quanto ao crime de uso de documento falso, afirma que a CNH foi encontrada em revista pessoal, o que não configura o crime previsto no art. 304 do Código Penal, pois o documento não foi exibido espontaneamente pelo agente. Também pede sua absolvição em relação ao crime de resistência, já que a sua atitude tinha apenas o objetivo de evitar a privação da sua liberdade. Por fim, quanto ao crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, sustenta a ausência de prova de materialidade, pois não foi submetido a exames que comprovassem a alteração da sua capacidade psicomotora.

Contrarrazões a fls. 541/548.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento da apelação (fls. 550/553).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Trata-se de apelação interposta por WENDSON RODRIGUES PEREIRA em face da sentença que o condenou pela prática, em concurso material, dos crimes de roubo majorado, uso de documento falso, resistência, conduzir veículo automotor sem habilitação e com a capacidade psicomotora alterada.

Preliminarmente, examino a ocorrência da *prescrição da pretensão punitiva estatal* em relação aos crimes do art. 304, c.c. o art. 297, e do art. 329 do Código Penal, e dos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro, tendo em vista o disposto no art. 61 do Código de Processo Penal.

O art. 110, *caput*, do Código Penal dispõe que a prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no art. 109 do mesmo diploma legal, os quais são aumentados de um terço se o condenado é reincidente.

O parágrafo 1º desse art. 110 dispõe, por sua vez, que “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa” (redação dada pela Lei nº 12.234/2010).

Registre-se que a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação (fls. 534), o que possibilita a análise da prescrição da pretensão punitiva com base na pena aplicada.

Dito isso, verifica-se que o apelante foi condenado, pelo crime de uso de documento falso, à pena de 2 (dois) anos de reclusão e que, nos termos do art. 109, V, do Código Penal, a prescrição da pena superior a 1 (um) ano e que não exceda a 2 (dois), se dá em 4 (quatro) anos.

O apelante também foi condenado a penas inferiores a 1 (um) ano pela prática do crime de resistência e de crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro, que estão sujeitas a um prazo prescricional de 3 (três) anos, nos termos dos arts. 109, VI, do Código Penal.

Da análise dos autos, extraio que: (i) os fatos ocorreram em 05.07.2013; (ii) a denúncia foi recebida em 19.12.2013 (fls. 186); e (iii) a publicação da sentença condenatória se deu em 04.11.2015 (fls. 514). Assim, entre a publicação da sentença condenatória e a presente data

transcorreu período de tempo superior a 4 (quatro) anos, ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva estatal pela pena aplicada, nos termos dos supracitados dispositivos legais.

Por isso, *de ofício*, com fundamento no art. 61 do Código de Processo Penal e no 107, IV, do Código Penal, *declaro extinta a punibilidade* de WENDSON RODRIGUES PEREIRA, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (CP, art. 109, V e VI), com base na pena aplicada, relativamente aos crimes do art. 304, c.c. o art. 297, e do art. 329 do Código Penal, bem como dos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro.

Passo ao exame do *mérito* quanto ao *crime de roubo majorado*.

A *materialidade* delitiva está comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 02/04), pelo boletim de ocorrência (fls. 19/24), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 25/26), pelo auto de entrega (fls. 28/29), que indicam os bens subtraídos, e pelo laudo do instituto de criminalística, que examinou o facão utilizado na prática delitiva (fls. 89/90).

O apelante pugna pela aplicação do *princípio da insignificância*, ao argumento de que os bens subtraídos eram de pequena monta, o que afastaria a materialidade. Sem razão, porém.

Ocorre que a aplicação desse dito princípio não se limita ao exame do valor do dano causado. Consoante orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do HC nº 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a aplicação da insignificância, como fator de descaracterização material da tipicidade penal, deve ser analisada em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. Assim, a aplicação do postulado reclama a presença de certos vetores, a saber: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No caso, não é possível a aplicação desse princípio porque o crime foi praticado mediante grave ameaça às vítimas, o que descaracteriza a mínima ofensividade da conduta. A propósito:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO PARA O DELITO DE FURTO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 157 E 155 DO CÓDIGO PENAL - CP. INOCORRÊNCIA. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INVIABILIDADE. ÔBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DELITO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
[...]

3. Inaplicável a aplicação do princípio da insignificância à hipótese por se tratar de delito praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, além de importar em inovação recursal, porquanto a tese não foi abordada nas razões do recurso especial. Precedentes desta Corte.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.257.976/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 04.12.2018, DJe 14.12.2018)

A *autoria*, por sua vez, foi demonstrada pela certeza visual do crime proporcionada pela prisão em flagrante do acusado (fls. 02), corroborada pela prova oral produzida em contraditório judicial (CDs fls. 350, 426 e 463).

Diferentemente do que alega o apelante, as testemunhas afirmaram, de forma consistente e harmônica, que ele praticou o roubo descrito na denúncia.

Simone Cristina Prates Almeida (CD fls. 350) presenciou os fatos, pois trabalhava no caixa do estabelecimento *Frango Assado*, tendo ficado extremamente abalada em razão de o apelante ter invadido o local com o caminhão, narrativa que é condizente com as fotos do local (fls. 35/39).

O motorista Flavio Camargo Maia (CD fls. 425) narrou os fatos da mesma forma, dizendo que o acusado bateu em seu veículo e logo depois entrou no posto de combustíveis onde fica o estabelecimento *Frango Assado*, tendo visto o acusado abastecer seu veículo sem pagar e presenciado a narrativa de pessoas que estavam no local de que ele entrara no estabelecimento com um facão na mão, anunciando um assalto.

Por isso, não socorre ao apelante a tese de que a prova oral produzida é insuficiente para um decreto condenatório. Além do mais, sua versão para os fatos, além de não se apoiar em nenhum elemento de prova, é inverossímil e dissonante do contexto dos autos.

Em seu interrogatório judicial (CD fls. 482), o apelante negou as acusações, tendo admitido apenas o uso de cocaína e “rebite”, e que não possuía carteira nacional de habilitação. Admitiu também que portava um facão, mas disse que não se lembrava de ter invadido o estabelecimento *Frango Assado* ou de ter realizado o assalto.

Essa negativa de autoria, porém, está isolada, não tendo sido corroborada por nenhum elemento probatório que pudesse demonstrar que ele não tinha consciência da ilicitude das condutas que praticou.

Portanto, havendo provas suficientes da materialidade, da autoria e do dolo, *mantenho a condenação* de WENDSON RODRIGUES PEREIRA pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

Passo ao reexame da *dosimetria da pena*.

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mínimo legal, pois considerou ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que confirmo.

Na *segunda fase*, o juízo *a quo* não reconheceu a ocorrência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, o que confirmo, ficando inalterada a pena nessa fase.

Na *terceira fase*, o juízo aplicou a causa de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, na fração mínima de 1/3 (um terço), o que também confirmo, porquanto o crime foi praticado com o emprego de arma branca (facão), de modo que se justifica a aplicação dessa causa de aumento.

Não foram aplicadas causas de diminuição, de modo que a pena privativa de liberdade definitiva fica estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

A *pena de multa* foi fixada pelo juízo *a quo* em 30 (trinta) dias-multa. Contudo, essa pena deve ser fixada de forma proporcional à pena corporal (ACR 0002526-47.2011.4.03.6106/SP, Rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 01.09.2015, e-DJF3 Judicial 1 03.09.2015), de modo que, utilizando os mesmos critérios do sistema trifásico utilizados para a pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa definitivamente em 13 (treze) dias-multa, mantido o valor unitário do dia-multa no mínimo legal.

Mantenho, outrossim, o *regime semiaberto* para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 33, § 2º, “b”).

Posto isso, *DE OFÍCIO*, com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal, *DECLARO EXTINTA A PUNIBILIDADE* de WENDSON RODRIGUES PEREIRA pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal (CP, arts. 109, V e VI), relativamente aos crimes do

art. 304, c.c. o art. 297, e do art. 329 do Código Penal, bem como dos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro, e *NEGO PROVIMENTO* à apelação, ficando a pena definitiva, pelo crime de roubo majorado, estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0005480-27.2015.4.03.6106

Apelante: NATAL TENORIO DA SILVA

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/04/2020

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. EXTRAÇÃO IRREGULAR DE AREIA. ART. 2º DA LEI 8.176/1991. ABSOLVIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA FINALIDADE COMERCIAL DO PRODUTO EXTRAÍDO. REALIZAÇÃO DE TESTE NA EMBARCAÇÃO. *IN DUBIO PRO REO*. ART. 55 DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS. MATERIALIDADE E TÍPICIDADE DA CONDUTA CARACTERIZADAS. ABSOLVIÇÃO DE UM DOS DELITOS NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. DELITO REMANESCENTE QUE COMPORTA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ABERTURA DE VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA EVENTUAL PROPOSTA DO BENEFÍCIO DO ART. 89 DA LEI FEDERAL 9.099/1995. SÚMULA 337 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELAÇÃO DEFENSIVA PARCIALMENTE PROVIDA.

- Para a caracterização do delito do art. 2º da Lei nº 8.176/1991, a matéria-prima deve ter sido explorada sem a autorização do órgão competente, vale dizer, sem (ou em desacordo com) a autorização emitida pelo Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM, autarquia federal instituída pela Lei nº 8.876, de 02.05.1994, que, em seu art. 3º, estatui: *a autarquia DNPM terá como finalidade promover o planejamento e o fomento da exploração e do aproveitamento dos recursos minerais, e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional, na forma do que dispõe o Código de Mineração, o Código de Águas Minerais, os respectivos regulamentos e a legislação que os complementa, competindo-lhe, em especial: (...) III- acompanhar, analisar e divulgar o desempenho da economia mineral brasileira e internacional, mantendo serviços de estatística da produção e do comércio de bens minerais; VI - fiscalizar a pesquisa, a lavra, o beneficiamento e a comercialização dos bens minerais, podendo realizar vistorias, autuar infratores e impor as sanções cabíveis, na conformidade do disposto na legislação minerária; (...) IX - baixar normas e exercer fiscalização sobre a arrecadação da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal(...).*

- *In casu*, restou devidamente demonstrado que o réu NATAL TENORIO DA SILVA era o responsável pela atividade de lavra que estava em curso em área próxima ao porto, fora dos limites autorizados pela Licença de Operação n. 5100511 (fls. 08/10), outorgada à empresa “Mineração Água Vermelha Ltda.”.

- Com relação à finalidade do produto extraído, o r. juízo sentenciante, ao condenar o acusado pelo delito do art. 2º da Lei nº 8.176/1991, não logrou encontrar indícios de que a extração de areia no local irregular estava sendo efetuada com fins econômicos. Sua condenação deu-se com base no argumento de que o dolo necessário ao

tipo penal é genérico e, portanto seria “irrelevante a existência ou não de finalidade comercial”.

- Ocorre que, existe posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o *crime de usurpação de produto ou matéria-prima da União exige, para sua configuração, a finalidade comercial do produto extraído, não bastando a mera extração mineral sem a devida autorização, devendo restar demonstrado, portanto, o fim lucrativo da extração (...), isto é, para o enquadramento da conduta no tipo do art. 2º, não basta a mera configuração de extração mineral sem a devida autorização, exigindo-se, ainda, a utilização comercial ou venda do produto; em outras palavras, a finalidade especial de exploração de matéria-prima a caracterizar usurpação contra o patrimônio da União* (in PAULSEN, Leandro, Crimes Federais, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 183). Precedente.

- Com relação à finalidade comercial do produto extraído, entendo não ter restado comprovada no caso concreto, o que desautoriza sua condenação no delito do art. 2º da Lei nº 8.176/1991. Ainda que não haja prova contundente de que efetivamente não havia um objetivo comercial, não se pode ignorar o relato de mais de 07 (sete) testemunhas reafirmando que, no dia dos fatos, se estava realizando um teste com a embarcação para simplesmente para aderir-se automaticamente à versão acusatória de que a extração de areia estava sendo feita no local com fins de comercialização. Ademais, o réu manteve a mesma versão dos fatos, tanto no inquérito policial, como perante o juízo.

- Ressalto que não desconheço o contexto probatório indiciário que pesa em desfavor do réu, porém, considero de maior relevo a certeza que deve pairar sobre a decisão do julgador ao condená-lo. A prova indiciária quando indicativa de mera probabilidade, como ocorre *in casu*, não serve como prova substitutiva e suficiente de autoria não apurada de forma concludente no curso da instrução criminal.

- As teses da defesa acerca da ausência de materialidade e atipicidade da conduta do art. 55 da Lei de Crimes Ambientais, por sua vez, restaram isoladas nos autos e não se mostraram críveis.

- Primeiramente, a alegação defensiva no sentido de que a extração de areia não se havia iniciado, tratando-se tão somente de meros atos preparatórios, portanto, impuníveis, não se mostrou verossímil. Tanto os policiais ambientais que participaram da fiscalização, como os próprios funcionários da empresa foram enfáticos ao alegar que a extração de areia em local indevido já havia iniciado quando da chegada da polícia. Com tal constatação, afasta-se, ademais, a alegação defensiva de crime impossível pelo fato de a embarcação em questão ostentar um furo. O reconhecimento da hipótese de crime impossível requer a absoluta ineficácia do meio ou absoluta impropriedade do objeto (inteligência do art. 17 do CP), o que não se verificou *in casu*, tanto que a areia já havia, inclusive, começado a ser extraída.

- Mesmo ao considerar-se como verdadeira a alegação de que se estava realizando um teste e não a exploração econômica da areia, há a perfeita subsunção ao tipo penal do art. 55 da Lei de Crimes Ambientais. De fato, para a caracterização de tal delito, pouco importa qual era a destinação a ser dada à areia, inclusive, se tal areia fosse eventualmente devolvida ao riacho, sendo necessário tão somente o perigo ao bem jurídico tutelado de proteção ao meio ambiente, independentemente, inclusive, da ocorrência de efetivo dano. Isto porque o art. 55 da Lei nº 9.605/1998 trata-se de delito formal, de perigo abstrato, bastando para as suas configurações que o agente

tenha iniciado as atividades de extração irregular. O dano ao meio ambiente consiste em mero exaurimento do crime. Precedentes.

- Consigno, por fim, que, no trato das questões que envolvem o meio ambiente, deve-se ter extrema cautela com a aplicação do princípio da insignificância, devendo esta ficar reservada a situações excepcionalíssimas, em que sejam ínfimas a ofensividade e a reprovabilidade social da conduta. Com efeito, na natureza, nada é isolado ou independente, tudo depende de tudo e se relaciona com tudo, de modo que um dano que, isoladamente, possa parecer ínfimo, pode se revelar capaz de alcançar todo um ecossistema, por exemplo. Ademais, não se deve perder de vista que o escopo da norma é impedir a atitude lesiva ao meio ambiente, devendo-se evitar que a impunidade leve à proliferação de condutas a ele danosas. O objetivo é proteger não apenas as gerações presentes, mas também as futuras (inteligência do art. 225, *caput*, da CF), de modo que a aplicação do princípio da insignificância deve se restringir a casos efetivamente diminutos.

- A conduta do acusado, portanto, mostra-se típica, e amolda-se perfeitamente ao tipo penal do art. 55 da Lei de Crimes Ambientais.

- Considerando-se que na presente Apelação o acusado foi absolvido da imputação prevista no art. 2º da Lei nº 8.176/1991, remanescendo tão somente a imputação do art. 55 da Lei de Crimes Ambientais, cuja pena prescrita é de 06 (seis) meses a 01 (um) ano de detenção, é de rigor que seja oportunizada a manifestação do Ministério Público Federal sobre o eventual cabimento do benefício da suspensão condicional do processo previsto no art. 89 da Lei Federal nº 9.099/1995.

- Nesse sentido, diversos precedentes, inclusive das C. Cortes Superiores, já se manifestaram para declarar a nulidade das sentenças que, ao mudar a classificação jurídica da denúncia ou absolver parcialmente o réu da imputação inicialmente prevista, deixaram de dar vista dos autos ao Ministério Público Federal passando diretamente à condenação e dosimetria da pena de delitos que, em tese, fazem *jus* aos benefícios da Lei nº 9.099/1995.

- Válido frisar que o fato de a absolvição do delito do art. 2º da Lei nº 8.176/1991 ter se operado tão somente em grau de recurso não impede que, em esse momento, seja concedida a possibilidade de suspensão condicional do processo. Precedente.

- Válido mencionar que as teses defensivas com relação ao art. 55 da Lei de Crimes Ambientais combatidas no presente voto atingiam a materialidade e tipicidade da conduta e, portanto, precediam a análise da eventual aplicação do benefício previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995. Por tal razão, ainda que não se deva adentrar, por ora, ao mérito quanto ao delito remanescente sem antes conferir a possibilidade de manifestação do Ministério Público Federal sobre a suspensão condicional do processo, mostrava-se necessário que sua tipicidade fosse perquerida na presente Apelação.

-Assim, devem os autos ser remetidos ao r. juízo de origem com posterior encaminhamento ao Ministério Público Federal para que se manifeste acerca da possível pertinência de oferecimento da suspensão condicional do processo, atentando-se ao prazo prescricional, ficando, por ora, prejudicado o exame das razões do apelo que se referem à eventual condenação quanto ao delito do art. 55 da Lei nº 9.605/1998.

- Apelação defensiva parcialmente provida.

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 maioria, DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação de NATAL TENÓRIO DA SILVA para absolvê-lo da imputação referente ao art. 2º da Lei Federal nº 8.167/1991, e, quanto ao delito remanescente previsto no art. 55 da Lei Federal nº 9.605/1998, remeter os autos ao r. juízo de com posterior encaminhamento ao Ministério Público Federal para que se manifeste acerca da possível pertinência de oferecimento da suspensão condicional do processo, ficando, por ora, prejudicado o exame das razões do apelo que se referem à eventual condenação quanto ao delito do art. 55 da Lei Federal nº 9.605/1998, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de março de 2020.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de Apelação Criminal interposta pela defesa de NATAL TENÓRIO DA SILVA (nascido em 27.12.1970) contra a sentença proferida pelo Exmo. Juiz Federal Dasser Lettiere Junior (4ª Vara Federal de São José do Rio Preto- 6ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo) (fls. 418/425) que julgou PROCEDENTE a inicial acusatória, condenando o acusado coo incurso nos artigos 55, caput, da Lei nº 9.605/1998 e 2º da Lei nº 8.176/1991, na forma do artigo 70 do Código penal, à pena unificada de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, a ser cumprida no regime inicial aberto, acrescida de 20 (vinte) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos cada dia-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito, quais sejam, prestação pecuniária no valor de 02 (dois) salários mínimos, no valor vigente à época de seu pagamento, a ser destinada a entidade filantrópica daquele município, e uma pena de multa, no valor de 100 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Consta da denúncia (fls. 123/124) que, em 18 de agosto de 2014, por volta das 9hs, policiais militares deslocaram-se até a “Fazenda Córrego do Paiol”, à margem do Rio Grande, no município de Orindiúva/SP, onde constatarem que NATAL TENORIO DA SILVA, encarregado da empresa “Mineração Água Vermelha Ltda”, realizava, de forma livre e consciente, a extração de areia que sabia não estar autorizado, posto que em área diversa da constante em licença concedida pelo órgão competente, in casu, 6km de distância da área para a qual possuía a necessária licença. Segundo consta, da análise das informações oriundas da JUCESP sobre os atos constitutivos da empresa, verificou-se que os representantes legais da empresa da “Mineração Água Vermelha Ltda” tratavam-se de Lucineia Aparecida de Lima Scamatti e Marcela Amendola Scamatti, que figuravam como sócias e administradoras da empresa. Contudo, interrogado perante a autoridade policial, NATAL TENORIO DA SILVA teria afirmado ser o encarregado de produção da mencionada empresa e que possuía autonomia para realizar atos rotineiros às atividades operacionais, alegando, ainda, que, na data dos fatos, estava realizando testes com a embarcação, e que as sócias não tinham conhecimento de tal fato. No mesmo sentido, Lucineia Aparecida de Lima Scamatti e Marcela Amendola Scamatti teriam

afirmado que são sócias administradoras da empresa “Mineração Água Vermelha Ltda”, porém confirmaram que NATAL TENÓRIO DA SILVA possui certa autonomia para executar as atividades de extração de areia, sendo enfáticas ao afirmar que não autorizaram o acusado a extrair areia de área não prevista na licença ambiental. Diante disso, NATAL TENÓRIO DA SILVA foi denunciado pelo delito do artigo 2º da Lei nº 8.176/1991, em concurso formal com o artigo 55 da Lei nº 9.605/1998.

A denúncia foi recebida em 16.10.2015 (fl. 125).

Processado regularmente o feito, sobreveio a sentença, cuja baixa em Secretaria deu-se em 12.06.2017 (fl. 426).

Apelação de NATAL TENÓRIO DA SILVA (fls. 477/510) pleiteia a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, II e III, do Código de Processo Penal pelo reconhecimento: 1) da ausência de materialidade do delito; 2) da atipicidade da conduta; 3) do crime impossível por meio absolutamente ineficaz para a consumação dos crimes; 4) da ausência de dolo.

Às fls. 516/518, o Ministério Público Federal deixou de apresentar contrarrazões recursais, pois, “nos casos em que o acusado se reserva ao direito de arrazoar o recurso de Apelação perante o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, as contrarrazões respectivas devem ser apresentadas por Procurador Regional da República oficiante em 2ª instância, com fundamento nos artigos 68 e 70, ambos da Lei Complementar nº 75/93, conforme entendimento esposado pela Colenda 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL”. Requereu, portanto, “o retorno nos autos ao E. TRF, a fim de que as contrarrazões recursais sejam apresentadas em superior instância, por Procurador Regional da República distinto daquele que apresente parecer na qualidade de custos legis”.

Às fls. 523/529, a Procuradoria Regional da República emitiu parecer, aduzindo, preliminarmente que, diante da ausência de prejuízo a defesa, o feito deveria prosseguir sem as contrarrazões do Ministério Público Federal. No mérito, manifestou-se pelo não provimento do recurso defensivo, com a manutenção da sentença a quo em seus exatos termos.

À fl. 531, os autos foram encaminhados à Procuradoria Regional da República para apresentação de contrarrazões por membro diverso do DD. Procurador Regional subscritor do parecer, o que foi prontamente atendido, com a juntada de contrarrazões do Ministério Público Federal às fls. 532/534.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS: DA IMPUTAÇÃO

Consta da denúncia (fls. 123/124) que, em 18 de agosto de 2014, por volta das 9hs, policiais militares deslocaram-se até a “Fazenda Córrego do Paiol”, à margem do Rio Grande, no município de Orindiúva/SP, onde constataram que NATAL TENORIO DA SILVA, encarregado da empresa “Mineração Água Vermelha Ltda”, realizava, de forma livre e consciente, a extração de areia que sabia não estar autorizado, posto que em área diversa da constante em licença concedida pelo órgão competente, *in casu*, 6km de distância da área para a qual

possuía a necessária licença. Segundo consta, da análise das informações oriundas da JUCESP sobre os atos constitutivos da empresa, verificou-se que os representantes legais da empresa da “Mineração Água Vermelha Ltda” tratavam-se de Lucineia Aparecida de Lima Scamatti e Marcela Amendola Scamatti, que figuravam como sócias e administradoras da empresa. Contudo, interrogado perante a autoridade policial, NATAL TENORIO DA SILVA teria afirmado ser o encarregado de produção da mencionada empresa e que possuía autonomia para realizar atos rotineiros às atividades operacionais, alegando, ainda, que, na data dos fatos, estava realizando testes com a embarcação, e que as sócias não tinham conhecimento de tal fato. No mesmo sentido, Lucineia Aparecida de Lima Scamatti e Marcela Amendola Scamatti teriam afirmado que são sócias administradoras da empresa “Mineração Água Vermelha Ltda”, porém confirmaram que NATAL TENÓRIO DA SILVA possui certa autonomia para executar as atividades de extração de areia, sendo enfáticas ao afirmar que não autorizaram o acusado a extrair areia de área não prevista na licença ambiental.

Diante disso, NATAL TENÓRIO DA SILVA foi denunciado pelo delito do artigo 2º da Lei Federal nº 8.176/1991, em concurso formal com o artigo 55 da Lei Federal nº 9.605/1998.

DO DELITO PREVISTO NO ART. 2º DA LEI N.º 8.176/1991

O art. 2º, *caput*, da Lei n.º 8.176/1991 assim dispõe:

Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

Nos termos desse dispositivo, constitui crime contra o patrimônio público, na modalidade usurpação, explorar, sem autorização legal, *matérias-primas pertencentes à União*, as quais devem ser entendidas como substâncias em estado bruto, principal e essencial, com as quais algo pode ser fabricado ou, em outras palavras, substâncias destinadas à obtenção de produto técnico por meio de processo químico, físico ou biológico. Inserem-se, pois, no conceito de *matérias-primas pertencentes à União*, os recursos minerais em geral, inclusive os do subsolo (inteligência do art. 20, IX da CF), dentre os quais se incluem terra e/ou areia, recursos que podem ser utilizados, p. ex., como matéria-prima para a fabricação de vidro ou para a construção civil. Em se constatando a exploração, sem a necessária autorização legal, de terra e/ou areia, como matéria-prima, restará caracterizado, em princípio, o delito previsto no art. 2º da Lei n.º 8.176/1991.

Nesse passo, convém lembrar Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas (*in Crimes Contra a Natureza de Acordo com a Lei 9.605/1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, fl. 58), que mencionam o seguinte:

A exploração dos recursos minerais é uma das mais importantes atividades econômicas. Entre esses recursos podemos citar as jazidas de águas minerais, negócio em franca expansão, e a extração de pedras preciosas, petróleo e areia para uso nas construções. Esses bens pertencem à União, conforme dispõe o art. 20, inc. IX, § 1º, da Constituição Federal, e, para que possam ser explorados, exige-se autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, entidade autárquica regulada pela Lei 8.876, de 02.05.1994. A exploração e a simples utilização sob formas variadas dos minerais constitui crime previsto no art. 2º da Lei 8.176/91, punido com detenção de até 5 (cinco) anos e multa.

Para a caracterização do delito em questão, a matéria-prima deve ter sido explorada sem a autorização do órgão competente, vale dizer, sem (ou em desacordo com) a autorização emitida pelo Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM, autarquia federal instituída pela Lei nº 8.876, de 02.05.1994, que, em seu art. 3º, estatui: *a autarquia DNPM terá como finalidade promover o planejamento e o fomento da exploração e do aproveitamento dos recursos minerais, e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional, na forma do que dispõe o Código de Mineração, o Código de Águas Minerais, os respectivos regulamentos e a legislação que os complementa, competindo-lhe, em especial: (...) III- acompanhar, analisar e divulgar o desempenho da economia mineral brasileira e internacional, mantendo serviços de estatística da produção e do comércio de bens minerais; VI - fiscalizar a pesquisa, a lavra, o beneficiamento e a comercialização dos bens minerais, podendo realizar vistorias, autuar infratores e impor as sanções cabíveis, na conformidade do disposto na legislação minerária; (...) IX - baixar normas e exercer fiscalização sobre a arrecadação da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal(...).*

In casu, restou devidamente demonstrado que o réu NATAL TENORIO DA SILVA era o responsável pela atividade de lavra que estava em curso em área próxima ao porto, fora dos limites autorizados pela Licença de Operação n. 5100511 (fls. 08/10), outorgada à empresa “Mineração Água Vermelha Ltda.”.

Com relação à finalidade do produto extraído, o r. juízo sentenciante, ao condenar o acusado pelo delito do art. 2º da Lei nº 8.176/1991, não logrou encontrar indícios de que a extração de areia no local irregular estava sendo efetuada com fins econômicos. Sua condenação deu-se com base no argumento de que o dolo necessário ao tipo penal é genérico e, portanto seria “irrelevante a existência ou não de finalidade comercial”.

Ocorre que, existe posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o *crime de usurpação de produto ou matéria-prima da União exige, para sua configuração, a finalidade comercial do produto extraído, não bastando a mera extração mineral sem a devida autorização, devendo restar demonstrado, portanto, o fim lucrativo da extração (...), isto é, para o enquadramento da conduta no tipo do art. 2º, não basta a mera configuração de extração mineral sem a devida autorização, exigindo-se, ainda, a utilização comercial ou venda do produto; em outras palavras, a finalidade especial de exploração de matéria-prima a caracterizar usurpação contra o patrimônio da União* (in PAULSEN, Leandro, Crimes Federais, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 183).

Válida, nesse passo, a menção ao seguinte julgado que adotou o mesmo entendimento:

DIREITO PENAL. CONCURSO FORMAL. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91. USURPAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. EXPLORAÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA PERTENCENTE À UNIÃO NÃO CARACTERIZADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CRIME AMBIENTAL. ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98. EXTRAÇÃO DE SUBSTÂNCIAS MINERAIS SEM A COMPETENTE AUTORIZAÇÃO, PERMISSÃO, CONCESSÃO OU LICENÇA. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS FEDERAIS.

A conduta de explorar recursos minerais sem a respectiva autorização ou licença dos órgãos competentes pode configurar crime contra a natureza, pela degradação ao meio ambiente (art. 55 da Lei nº 9.605/98) e também crime contra o patrimônio da União, em face da usurpação do bem público (art. 2º da Lei nº 8.176/91). Assim, tratando-se de tipos penais que tutelam

objetos jurídicos diversos, não há falar em aplicação do princípio da especialidade. Precedentes da Quarta Seção deste Regional.

Hipótese em que se conclui pela atipicidade da conduta, porquanto não demonstrada a finalidade especial de exploração de matéria-prima a caracterizar o crime de usurpação contra o patrimônio da União.

Remanescendo a denúncia apenas quanto ao crime previsto no art. 55 da Lei nº 9.605/98, está se a tratar de infração de menor potencial ofensivo, devendo o feito ser processado e julgado perante o Juizado Especial Federal Criminal (art. 2º, §2º, da Lei nº 10.25 9/2001), cuja competência é absoluta, por força do disposto no art. 98, inciso I, da CF/88.

(TRF4, ACR 200472080059752, TADAAQUI HIROSE, SÉTIMA TURMA, DJ 20/09/2006 PÁGINA: 1047.)

PENAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO DA UNIÃO. ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91. CRIME AMBIENTAL. ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98 EXTRAÇÃO DE SAIBRO. TERRAPLANAGEM. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE FINALIDADE COMERCIAL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

O delito do art. 2º da Lei nº 8.176/91 tem como bem jurídico protegido o patrimônio da União e exige, para sua configuração, a finalidade comercial do produto extraído, não bastando a mera extração mineral sem a devida autorização. Para caracterizar usurpação contra o patrimônio da União, bem tutelado pela norma penal, deve haver o fim lucrativo da extração. (...)

Comprovada nos autos a ausência de finalidade comercial da extração do saibro no local e a ocorrência da terraplanagem com o fim de abertura da via, impõe-se a absolvição do réu dos crimes ambiental e contra a ordem econômica, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, pela atipicidade do fato.

(TRF4, ACR 5004397- 24.2013.4.04.7207/SC, RODRIGO KRAVETZ, SÉTIMA TURMA, JUNTADO AOS AUTOS em 20/01/2016)

Assim, com relação à finalidade comercial do produto extraído, entendo não ter restado comprovada no caso concreto, o que desautoriza sua condenação no delito do art. 2º da Lei nº 8.176/1991.

NATAL TENORIO DA SILVA, quando ouvido perante a autoridade policial (fl. 112), contou que, “um dia antes da fiscalização realizada pela polícia ambiental, empregados da empresa passaram por um canal estreito e o casco da mesma se chocou com rochas que havia no local; QUE não foi possível identificar o local do ‘furo e, por esse motivo, no dia seguinte, o declarante resolveu levar a embarcação para um local próximo mais raso a fim de realizar um teste de segurança. QUE para efetuar tal teste, foi necessário extrair areia do rio para que a embarcação ‘calasse’, ou seja, que afundasse até um limite, em que chegaram ao local policiais ambientais, que solicitaram a licença ambiental para extração de areia naquele local; Que, naquela ocasião, explicou aos policiais ambientais que estava apenas realizando um teste e que a areia extraída naquele momento seria imediatamente devolvida ao rio”.

Em juízo, reafirmou enfaticamente que se tratava tão somente de um teste porque no dia anterior uma das embarcações havia sido batida. Segundo seu relato, tinham que “tirar areia, colocar na embarcação, afundar, pra gente poder ver onde estava o furo, retirar a areia e encostar no barranco para consertar o furo. (...) A estrutura da embarcação é uma chapa interna. Por fora tem a chaparia externa, que faz o corpo do barco. Então, uma chapa é sobreposta à outra e não dá pra ver onde era o furo. Então tinha que fazer afundar, a pressão aumentar, pra ver a água sair do local, a gente ia descartar, voltar para beira do barranco, fazer o reparo

(...) Quando tem uma chapa uma perto da outra, pode ser que uma vede a outra. Quando a embarcação está vazia, ela não tem pressão em cima dela para que entre a água. Quando você põe peso em cima dela, ela vai afundar, a pressão aumenta e vai começar a vazar. Você vai ver que ela está vazando”. Sobre o local escolhido para fazer o referido teste, o réu afirmou que ali o rio tinha aproximadamente 03 metros de profundidade e estava próximo à beira do barranco, o que assegurava maior segurança à embarcação e tripulação, pois, se tentassem fazer o teste na poligonal autorizada (06 quilômetros de distância do porto), a embarcação afundaria, como efetivamente ocorreu no dia seguinte (fl. 421).

As testemunhas arroladas pela acusação e defesa também foram uníssonas ao aduzir que, no dia da fiscalização ambiental, a mera extração de areia não estava sendo realizada para exploração e posterior comercialização, mas sim que se tratava de um teste de uma das embarcações que havia sofrido um acidente nos dias anteriores.

Em seu Termo de Declarações perante a autoridade policial (fls. 99/100), Lucineia Aparecida de Lima, sócia administradora da empresa, afirmou que o encarregado da empresa era o réu NATAL TENORIO DA SILVA, o qual detém certa autonomia para executar as atividades de extração de areia, sempre de acordo com o determinado pela legislação ambiental e as respectivas licenças. Com relação aos fatos ora em questão, a testemunha narrou que, segundo NATAL lhe informou, “no momento da fiscalização, ele e outros funcionários estavam realizando um teste em uma área distante 7km daquela prevista na licença ambiental; QUE referido teste foi feito em local mais raso do rio, em razão de um furo no casco da embarcação que era utilizada na extração; QUE assim, caso ocorresse algum problema com a embarcação, eles estariam em um local mais seguro; QUE o endereço de Natal pode ser obtido por meio de seus defensores; Que deseja esclarecer que o teste acima mencionado foi interrompido pela fiscalização da polícia ambiental, não tendo havido extração de areia; QUE esclarece, ainda, que no dia seguinte ao da fiscalização, a embarcação que era utilizada no teste afundou”. No mesmo sentido as declarações de Marcela Amendola Scamatti, outra sócia administradora da empresa (fl. 101).

Sinval Hauk Macedo, comandante da referida embarcação, confirmou que efetivamente sofreu um acidente com o barco, pois o rio estava abaixo do nível normal, e que, no dia da fiscalização, estavam procedendo um teste perto do porto, no leito do rio, por razões de segurança. Também segundo ele, o procedimento requeria que houvesse a extração de areia, colocando-se uma carga no barco para ver se tinha vazamento.

Os demais funcionários ouvidos em juízo, que também prestavam serviços à empresa Mineração Água Vermelha, Guilherme Augusto Tobal, Reinaldo Batista, Rodrigo Fernandes Santos e Rodrigo Torres Ribas, igualmente confirmaram que a extração de areia na data dos fatos tinha como objetivo a realização do teste da embarcação acidentada.

Inclusive, Rodrigo Torres Ribas, engenheiro ambiental responsável pelos licenciamentos da empresa desde 2010, alegou que “em agosto de 2014, o leito do rio estava baixo, era período de seca. No dia do acidente, o senhor Natal fez contato comigo pra ter minha opinião sobre realizar o teste no rio porque a embarcação estava com defeito. Ele comentou comigo que a embarcação estava com vazamento (...) tinha que colocar areia na embarcação pra causar um peso e verificar se ela começaria a afundar ou não. A intenção era realizar o teste próximo ao porto porque se precisasse de socorro tinha como fazer (...) O teste consiste em colocar areia na embarcação e devolver ela para o rio. Sim, um dia após a embarcação veio a afundar; Eu não participei, só via telefone. Ele só pediu informação referente ao teste (...) Não é comum fazer os testes, só se perceber um vazamento. Eu falei que só poderia fazer o teste” (fl. 422).

Os policiais ambientais que participaram da abordagem, por sua vez, limitaram-se a aduzir que estava em curso a extração de areia fora dos limites estabelecidos pela Licença de Operação, porém em nada acrescentaram sobre evidências dos fins comerciais da atividade.

Vê-se, assim, que, ainda que não haja prova contundente de que efetivamente não havia um objetivo comercial, não se pode ignorar o relato de mais de 07 (sete) testemunhas reafirmando que, no dia dos fatos, se estava realizando um teste com a embarcação para simplesmente para aderir-se automaticamente à versão acusatória de que a extração de areia estava sendo feita no local com fins de comercialização. Ademais, o réu manteve a mesma versão dos fatos, tanto no inquérito policial, como perante o juízo.

Ressalto que não desconheço o contexto probatório indiciário que pesa em desfavor do réu, porém, considero de maior relevo a certeza que deve pairar sobre a decisão do julgador ao condená-lo. A prova indiciária quando indicativa de mera probabilidade, como ocorre *in casu*, não serve como prova substitutiva e suficiente de autoria não apurada de forma conclusiva no curso da instrução criminal.

A doutrina é firme a respeito da certeza na convicção do julgador ao emitir decreto condenatório. Confira-se sobre o assunto, os comentários de Guilherme de Souza Nucci ao artigo 386 do Código de Processo Penal (in “Código de Processo Penal Comentado”, 15ª Edição, ano 2016, Editora Revista dos Tribunais, pág. 857):

Prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu-in dubio pro reu. Se o Juiz não possui provas sólidas para a formação de seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição. Logicamente, neste caso, há possibilidade de se propor ação indenizatória na esfera cível.

Assim, a r. sentença que condenou o réu merece ser reformada para que seja absolvido do crime previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/1991, por ausência de prova suficiente para condenação, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, uma vez que não restou devidamente comprovado o fim comercial da atividade.

DA MATERIALIDADE E DA TIPICIDADE DA CONDUTA DO ACUSADO QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ART. 55 DA LEI N.º 9.605/1998

O art. 55 da Lei n.º 9.605/1998 assim dispõe:

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:
Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Nos termos deste dispositivo, constitui crime ambiental a extração de recursos minerais sem (ou em desacordo com) a competente autorização, permissão, concessão ou licença, sendo o bem jurídico tutelado a preservação do patrimônio natural, especialmente solo, subsolo e vegetação existente sobre a área, bem como a preservação do meio ambiente como um todo, ou seja, como direito difuso, inerente a todos os brasileiros.

Ensina Leandro Paulsen que *recursos minerais são as substâncias inorgânicas que, sendo encontradas na crosta terrestre (solo ou subsolo), são passíveis de extração para exploração econômica como produto ou matéria-prima (...) e que, entre os minérios do sub-*

solo, pode-se citar, e.g., petróleo, carvão, areia, ferro, zinco (in PAULSEN, Leandro, Crimes Federais, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 411).

NO CASO CONCRETO, o Termo de Vistoria Ambiental (fls. 04/05), o Relatório de Inspeção (fls. 62/63), a Licença de Operação (fls. 62/63), bem como os depoimentos das testemunhas, evidenciam que realmente estava sendo extraída areia irregularmente do local, caracterizando, de plano, o delito mencionado.

As teses da defesa acerca da ausência de materialidade e atipicidade da conduta, por sua vez, restaram isoladas nos autos e não se mostraram críveis.

Primeiramente, a alegação defensiva no sentido de que a extração de areia não se havia iniciado, tratando-se tão somente de meros atos preparatórios, portanto, impuníveis, não se mostrou verossímil. Tanto os policiais ambientais que participaram da fiscalização, como os próprios funcionários da empresa foram enfáticos ao alegar que a extração de areia em local indevido já havia iniciado quando da chegada da polícia.

Com tal constatação, afasta-se, ademais, a alegação defensiva de crime impossível pelo fato de a embarcação em questão ostentar um furo. O reconhecimento da hipótese de crime impossível requer a absoluta ineficácia do meio ou absoluta impropriedade do objeto (inteligência do art. 17 do CP), o que não se verificou *in casu*, tanto que a areia já havia, inclusive, começado a ser extraída.

Atente-se que, diferentemente do que ocorre no art. 2º da Lei nº 8.176/1991, o artigo 55 da Lei nº 9.605/1998 criminalizou o perigo ao meio ambiente, não havendo, *in casu*, a preocupação em tutelar o patrimônio da União. As condutas descritas no tipo referem-se à retirada dos recursos e não à sua utilização econômica, de modo que não por acaso se exige dupla autorização para que se extrair recursos minerais, quais sejam, a da autarquia federal (DNPM) e a de órgãos de proteção ao meio ambiente. Inclusive, a Secretaria Estadual do Meio Ambiente do Estado de São Paulo por meio da Resolução nº 04, de 22.01.1999, disciplina o procedimento para o licenciamento ambiental integrado das atividades minerais e em seu artigo 4º estatui que: *os pedidos de licença ambiental de empreendimentos minerários serão protocolizados, mediante a apresentação de Relatório de Controle Ambiental - RCA - e Plano de Controle Ambiental - PCA - em duas vias na Agência Ambiental da CETESB em que se localizar a área objeto da exploração, desde que estejam simultaneamente enquadrados nas seguintes situações: I - Tratar-se de extração de: a) areias, cascalhos, saibros e outros materiais de empréstimo para utilização imediata na construção civil (...)*, demonstrando a nítida preocupação com a qualidade ambiental.

Assim, *in casu*, mesmo ao considerar-se como verdadeira a alegação de que se estava realizando um teste e não a exploração econômica da areia, há a perfeita subsunção ao tipo penal do art. 55 da Lei de Crimes Ambientais. De fato, para a caracterização de tal delito, pouco importa qual era a destinação a ser dada à areia, inclusive, se tal areia fosse eventualmente devolvida ao riacho, sendo necessário tão somente o perigo ao bem jurídico tutelado de proteção ao meio ambiente, independentemente, inclusive, da ocorrência de efetivo dano.

Isto porque o art. 55 da Lei nº 9.605/1998 trata-se de delito formal, de perigo abstrato, bastando para as suas configurações que o agente tenha iniciado as atividades de extração irregular. O dano ao meio ambiente consiste em mero esgotamento do crime.

Nesse sentido, seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL. EXTRAÇÃO IRREGULAR DE RECURSOS MINERAIS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO DA UNIÃO (LEI 8.176/91, ART. 2º). CRIME AMBIENTAL (LEI

9.605/98, ART. 55). MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. PRODUÇÃO DE LAUDO PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONCURSO FORMAL DE CRIMES (CP, ART. 70). PENA DE MULTA. APLICAÇÃO DISTINTA E INTEGRAL (CP, ART. 72).

1. Conforme dispõe o art. 400, § 1º, do CPP, é permitido ao juiz “indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”, de modo que descabe falar em nulidade quando a perícia indeferida não se mostra necessária ao deslinde do feito. Logo, não ocorreu o alegado cerceamento de defesa.

2. *Considerando a inexistência de hierarquia de provas, ou mesmo de prova tarifada, no direito processual penal, tem-se que, se comprovada a materialidade da infração penal por outros meios de prova, como no caso concreto, mostra-se prescindível a produção de laudo pericial. Não custa acrescentar que a atividade de exploração e extração de minérios - que configuram bens da União (Lei 8.176/91, art. 2º)- sem a necessária autorização é crime de perigo abstrato, de natureza formal, assim como o é o crime ambiental (Lei 9.605/98, art. 55), sendo desnecessário comprovar os prejuízos resultantes do crime praticado, eliminando qualquer necessidade de prova pericial destinada à mensuração detalhada dos danos patrimoniais e ambientais.*

3. Muito embora deva prevalecer o entendimento pela inaplicabilidade do princípio da insignificância em crimes contra o patrimônio público e o meio ambiente, o registro de habitualidade na conduta do condenado tem sim relevância para afastar eventual reconhecimento da atipicidade material de sua conduta.

4. A jurisprudência dominante se posiciona pelo reconhecimento de concurso formal - na conduta de explorar recursos minerais sem a respectiva autorização ou licença dos órgãos competentes - entre os crimes previstos no art. 2º da Lei 8.176/91 e no art. 55 da Lei 9.605/98, porquanto tutelam objetos jurídicos diversos - o patrimônio da União e o meio ambiente -, não sendo caso de aplicação do princípio da especialidade.

5. Tendo em vista que, no concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente (CP, art. 72), a pena de multa deve ser fixada em 20 dias-multa, resultado da soma dos mínimos de 10 dias-multa para cada um dos crimes, reduzindo-se, assim, a quantidade de dias-multa estabelecida na sentença, que levou em conta a proporcionalidade aumento da pena privativa de liberdade total imposta, solução diversa da apresentada no pedido da defesa, porém.

6. Apelação parcialmente provida.
(TRF-4 - ACR: 50024430420174047109 RS 5002443-04.2017.4.04.7109, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 04/12/2019, OITAVA TURMA)

No que se refere ao pleito defensivo de reconhecimento da atipicidade em razão da ausência do dolo, verifico que este tampouco merece prosperar.

O acusado trabalha no ramo da mineração há 20 (vinte) anos, segundo afirmou em seu interrogatório judicial, tendo, portanto, plena ciência e mais conhecimento que o homem médio acerca da legislação ambiental e da necessidade de Licença para a extração de areia.

Inclusive, a alegação de ausência de dolo resta ainda mais inverossímil, tendo em vista o Termo de Compromisso assinado pelo acusado em 01 de julho de 2014, aproximadamente um mês antes do fato relacionado aos presentes autos, no qual “os funcionários da empresa Mineração Água Vermelha Ltda., comprometem-se a não mais realizar testes de operação em locais que não estão sujeitos a autorização determinada pelo órgão ambiental, ou seja, fora dos marcos de concreto referentes a poligonal determinada para a exploração da atividade minerária (processo DNPM 821.127/1999)”.

Consigno, por fim, que, no trato das questões que envolvem o meio ambiente, deve-se ter extrema cautela com a aplicação do princípio da insignificância, devendo esta ficar reservada a

situações excepcionalíssimas, em que sejam ínfimas a ofensividade e a reprovabilidade social da conduta. Com efeito, na natureza, nada é isolado ou independente, tudo depende de tudo e se relaciona com tudo, de modo que um dano que, isoladamente, possa parecer ínfimo, pode se revelar capaz de alcançar todo um ecossistema, por exemplo. Ademais, não se deve perder de vista que o escopo da norma é impedir a atitude lesiva ao meio ambiente, devendo-se evitar que a impunidade leve à proliferação de condutas a ele danosas. O objetivo é proteger não apenas as gerações presentes, mas também as futuras (inteligência do art. 225, caput, da CF), de modo que a aplicação do princípio da insignificância deve se restringir a casos efetivamente diminutos.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO ESPECIAL. PESCA EM LOCAL E ÉPOCA PROIBIDA. NÃO APREENSÃO DE PEIXES. APREENSÃO DE PETRECHOS PROIBIDOS NA ATIVIDADE DE PESCA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A atipicidade material, no plano da insignificância, pressupõe a concomitância de mínima ofensividade da conduta, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. *É entendimento desta Corte que somente haverá lesão ambiental irrelevante no sentido penal quando a avaliação dos índices de desvalor da ação e de desvalor do resultado indicar que é ínfimo o grau da lesividade da conduta praticada contra o bem ambiental tutelado, isto porque não deve-se considerar apenas questões jurídicas ou a dimensão econômica da conduta, mas deve-se levar em conta o equilíbrio ecológico que faz possíveis as condições de vida no planeta. Precedente.*

3. O acórdão recorrido está de acordo com o entendimento desta Corte, no sentido de que não é insignificante a conduta de pescar em local e época proibida, e com petrechos proibidos para pesca, ainda que não tenha sido apreendido qualquer peixe em poder do recorrente.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1620778/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 27/09/2016)

A conduta do acusado, portanto, mostra-se típica, e amolda-se perfeitamente ao tipo penal do art. 55 da Lei de Crimes Ambientais.

DO OFERECIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Considerando-se que na presente Apelação o acusado foi absolvido da imputação prevista no art. 2º da Lei nº 8.176/1991, remanescendo tão somente a imputação do art. 55 da Lei de Crimes Ambientais, cuja pena prescrita é de 06 (seis) meses a 01 (um) ano de detenção, é de rigor que seja oportunizada a manifestação do Ministério Público Federal sobre o eventual cabimento do benefício da suspensão condicional do processo previsto no art. 89 da Lei Federal nº 9.099/1995, que prevê, *in verbis*:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Nesse sentido, diversos precedentes, inclusive das C. Cortes Superiores, já se manifestaram para declarar a nulidade das sentenças que, ao mudar a classificação jurídica da denúncia

ou absolver parcialmente o réu da imputação inicialmente prevista, deixaram de dar vista dos autos ao Ministério Público Federal passando diretamente à condenação e dosimetria da pena de delitos que, em tese, fazem *jus* aos benefícios da Lei nº 9.099/1995.

Veja-se, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo penal.

FAVORECIMENTO REAL E QUADRILHA. CONCURSO MATERIAL. DELITOS CUJAS PENAS ULTRAPASSAM OS LIMITES PREVISTOS NA LEI 9.099/1995. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL OU DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO QUANDO DEFLAGRADA A AÇÃO PENAL. ENUNCIADO 231 DA SÚMULA DO SUPERIOR DE JUSTIÇA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. *Nos termos do enunciado 243 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, “o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”.*

2. O mesmo entendimento é aplicável à transação penal, que não pode ser ofertada aos acusados de crimes cuja pena máxima, considerado o concurso material, ultrapasse 2 (dois) anos, limite para que se considere a infração de menor potencial ofensivo. Precedente.

3. No caso dos autos, a paciente foi denunciada pela prática dos delitos previstos nos 349-A e 288 do Código penal, em concurso material, cujas penas máximas são, respectivamente, de 1 (um) ano de detenção e de 3 (três) anos de reclusão, as quais, somadas, ultrapassam os limites previstos na Lei 9.099/1995, o que demonstra que, quando iniciada a ação penal em apreço, não fazia *jus* aos benefícios de transação penal ou da suspensão condicional do processo.

SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA ABSOLVENDO A ACUSADA DO DELITO DE QUADRILHA. SUBSISTÊNCIA DE CRIME QUE PERMITE A APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. AUSÊNCIA DE ABERTURA DE VISTA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA SE MANIFESTAR SOBRE A QUESTÃO. NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

Este Sodalício possui entendimento consolidado no sentido de que absolvido o réu de parte das imputações que lhe foram feitas, e sendo cabível o oferecimento dos benefícios previstos na Lei 9.099/1995 quanto aos ilícitos remanescentes, cumpre ao magistrado abrir vista dos autos ao Ministério Público a fim de que sobre eles se manifeste. Enunciado 337 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Não tendo o togado sentenciante remetido os autos ao órgão ministerial a fim de que se pronunciasse sobre a possibilidade de propositura dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995 à paciente, afastando-a de pronto e passando à dosimetria da pena, constata-se a nulidade do feito.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, mantida a absolvição da paciente quanto ao delito de quadrilha, oportunizar ao Ministério Público que se manifeste sobre a possibilidade de oferecimento de suspensão condicional do processo à paciente.

(HC 309.975/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015- destaque nosso)

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Wander Gonçalves Mota, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que negou provimento ao Agravo Regimental nos autos do Agravo em Recurso Especial 904.165/MG. Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos delitos descritos nos artigos 28 e 37 da Lei 11.343/2006 à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos; bem como à medida educativa de comparecimento a programa ou cursos educativos, pelo prazo de 6 meses. Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal no Tribunal de Justiça mineiro, postulando, em suma, a absolvição pelo crime previsto no artigo 37 da Lei de Drogas por atipicidade da conduta. Alternativamente, pugnou pelo reconhecimento da confissão espontânea em relação ao delito de posse de entorpecentes para consumo pessoal, bem como pela redução da medida educativa aplicada ao réu. O recurso foi parcialmente provido para absolver o réu do delito descrito no artigo 37 da Lei de Drogas por falta de provas, bem como para, em relação ao crime de posse de entorpecentes para consumo pessoal, reconhecer a atenuante da confissão espontânea e assim reduzir a pena imposta ao apelante, concretizando-a em comparecimento a programa ou curso educativo pelo prazo de 2 meses. Eis a ementa desse julgado: APELAÇÃO CRIMINAL COLABORAÇÃO COM GRUPO, ORGANIZAÇÃO OU ASSOCIAÇÃO DESTINADOS AO TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES PROVA INSUFICIENTE ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS CONDENAÇÃO MANTIDA REPRIMENDA EXARCEBADA REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. 01. Inexistindo prova segura de que o réu colaborava, como informante, com grupo, organização ou associação constituídos para o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, a absolvição é medida que se impõe (art. 386, VII, do CPP). 02. Demonstradas, quantum satis, a materialidade e a autoria do crime de posse de entorpecentes para consumo pessoal, a condenação do réu, à falta de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, é medida que se impõe. 03. A sanção penal, medida de exceção, deve ser, por excelência, aquela necessária e suficiente à prevenção e reprovação do injusto, eis porque, se aplicada com exagero, há que ser adequada. (eDOC 2, p. 10) Sobreveio recurso especial, o qual foi obstado na origem. Impugnou-se a decisão por meio de agravo no Superior Tribunal de Justiça. O recurso não foi conhecido, nos termos da jurisprudência da Corte Especial. No presente writ, a DPU insiste na alegação de nulidade do feito em razão da não abertura de vista ao Ministério Público para manifestar-se acerca da transação penal. Requer, liminarmente, a suspensão da tramitação da ação penal até o julgamento final deste *mandamus*. Em 28.2.2018, deferi a liminar, para determinar a suspensão dos efeitos da condenação. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do pedido. (eDOC 18) É o relatório. Passo a decidir. Conforme registrei na decisão pretérita, *a despeito de, originalmente, ter sido o paciente denunciado ainda por outro delito (artigo 37 da Lei de Drogas), circunstância que afastava o cabimento da suspensão em face da somatória das penas (acima do mínimo legal de 1 ano exigido pelo artigo 89 da Lei 9.099/1995), operou-se em grau de recurso a absolvição pelo segundo delito. Neste caso, o crime remanescente, quanto à pena, autorizava a proposta de suspensão do processo. Existem precedentes do próprio STJ consignando a viabilidade do oferecimento da proposta de suspensão pelo Ministério Público, conforme, dentre outros, o seguinte julgado: (...)* O mesmo STJ acabou editando a Súmula 337 permitindo aludido benefício processual em hipótese semelhante ao destes autos: Súmula 337. STJ: é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva. Acerca da tese ministerial, segundo a qual a transação penal traria consequência mais gravosa que a sanção imposta ao paciente, verifico tratar-se de matéria afeta à sua própria deliberação. É que a Defensoria busca, através do presente writ, que seja ofertada, ao paciente, a transação penal, o que não significa que ele vá aceitá-la. E mais: até que esta Corte julgue o RE 635.659, de minha relatoria, o entendimento atual é no sentido de que não

houve abolitio criminis do crime de posse de droga para uso pessoal, mas apenas sua despenalização, de modo que a condenação havida pode gerar reincidência e demais consequências processuais. Dito isso, tenho que, ao contrário do que alega a PGR, a condenação por infração ao art. 28 da Lei de Drogas pode ser mais gravosa que a aceitação da transação penal. Ante os fundamentos expostos, concedo a ordem para confirmar a liminar deferida e determinar seja ofertada ao paciente a transação penal, nos termos da Lei 9.099/95. Comunique-se. Publique-se. Brasília, 24 de agosto de 2018. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (HC 151688, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Supremo Tribunal Federal, julgado em 24/08/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 27/08/2018 PUBLIC 28/08/2018)

Inclusive, a Súmula 337 do C. Superior Tribunal de Justiça prevê a possibilidade de oferecimento dos benefícios da Lei Federal nº 9.099/1995 ao crime remanescente ao prever que *é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva*, o que se amolda ao caso ora em questão.

Válido frisar que o fato de a absolvição do delito do art. 2º da Lei nº 8.176/1991 ter se operado tão somente em grau de recurso não impede que, em esse momento, seja concedida a possibilidade de suspensão condicional do processo.

A esse respeito, veja-se precedente do C. Superior Tribunal de Justiça em caso bastante semelhante, no qual a sentença em primeira instância igualmente havia condenado o paciente às penas dos artigos 55 da Lei de Crimes Ambientais e art. 2º da Lei nº 8.176/1998, e, em sede de Apelação, foi declarada a extinção da punibilidade do primeiro delito, remanescendo o outro, que, em tese, possibilitava a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo. *In verbis*:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

CRIME DE USURPAÇÃO DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO. ART. 2º DA LEI 8.176/91.

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERDA DE OBJETO DO WRIT.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a superveniência de sentença condenatória prejudica o mandamus que tem por objeto o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, pois o juiz de primeiro grau, em sede de cognição exauriente, reputou presentes os elementos probatórios da conduta delitiva.

Precedentes.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE UM DOS DELITOS DENUNCIADOS. DECLARAÇÃO NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. CRIME REMANESCENTE QUE COMPORTA A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 337/STJ.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Ainda que a prescrição da pretensão punitiva em relação a um dos crimes denunciados tenha sido reconhecida no segundo grau de jurisdição, tem aplicabilidade o entendimento firmado

no enunciado n. 337 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, sendo devida a análise da possibilidade de suspensão condicional do processo, caso o delito remanescente se amolde ao requisito objetivo previsto no artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

2. Com o advento da reforma processual levada a efeito pela Lei n. 11.719/2008, a causa extintiva da punibilidade do agente passou a ser hipótese de sua absolvição sumária, nos termos do artigo 397, inciso VI, do Código de Processo Penal, não havendo razão pela qual a sua verificação em momento posterior - seja na sentença ou no julgamento do recurso de apelação - deva receber tratamento distinto dos casos em que há prolação de um juízo de mérito absolutório.

3. *Habeas corpus* não conhecido. *Ordem concedida de ofício para anular parcialmente o julgamento do recurso de apelação, mantida a declaração de extinção da punibilidade do paciente pelo delito previsto no artigo 55 da Lei n. 9.605/98, e determinar a remessa dos autos ao Ministério Público Federal para que se manifeste sobre a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo no que diz respeito ao delito remanescente.*

(HC 367.779/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 17/02/2017)

Ressalte-se que, ainda que no caso concreto a eventual condenação do réu permitiria a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, é importante apontar que a condenação penal gera efeitos outros, como a reincidência e os antecedentes criminais, e, portanto, deve ser oportunizada ao menos a possibilidade de que o Ministério Público Federal analise a possibilidade de propositura de tais benefícios despenalizadores, o que pode, ou não, ser aceito pelo acusado.

Válido mencionar que as teses defensivas com relação ao art. 55 da Lei de Crimes Ambientais combatidas no presente voto atingiam a materialidade e tipicidade da conduta e, portanto, precediam a análise da eventual aplicação do benefício previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995. Por tal razão, ainda que não se deva adentrar, por ora, ao mérito quanto ao delito remanescente sem antes conferir a possibilidade de manifestação do Ministério Público Federal sobre a suspensão condicional do processo, mostrava-se necessário que sua tipicidade fosse perquerida na presente Apelação.

Assim, devem os autos ser remetidos ao r. juízo de origem com posterior encaminhamento ao Ministério Público Federal para que se manifeste acerca da possível pertinência de oferecimento da suspensão condicional do processo, atentando-se ao prazo prescricional, ficando, por ora, prejudicado o exame das razões do apelo que se referem à eventual condenação quanto ao delito do art. 55 da Lei nº 9.605/1998.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação de NATAL TENÓRIO DA SILVA para absolvê-lo da imputação referente ao art. 2º da Lei Federal nº 8.167/1991, e, quanto ao delito remanescente previsto no art. 55 da Lei Federal nº 9.605/1998, remeter os autos ao r. juízo de com posterior encaminhamento ao Ministério Público Federal para que se manifeste acerca da possível pertinência de oferecimento da suspensão condicional do processo, ficando, por ora, prejudicado o exame das razões do apelo que se referem à eventual condenação quanto ao delito do art. 55 da Lei nº 9.605/1998.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO-VISTA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI. Registro, de início, que o relatório pertinente ao feito em exame consta das fls. 536/537, e a ele me reporto para fins descritivos.

Na sessão de julgamento, realizada no dia 13 de fevereiro de 2020, o e. relator, Des. Fed. Fausto de Sanctis, proferiu o seguinte voto:

Diante do exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação de NATAL TENÓRIO DA SILVA para absolvê-lo da imputação referente ao art. 2º da Lei Federal nº 8.167/1991, e, quanto ao delito remanescente previsto no art. 55 da Lei Federal nº 9.605/1998, remeter os autos ao r. juízo de com posterior encaminhamento ao Ministério Público Federal para que se manifeste acerca da possível pertinência de oferecimento da suspensão condicional do processo, ficando, por ora, prejudicado o exame das razões do apelo que se referem à eventual condenação quanto ao delito do art. 55 da Lei nº 9.605/1998.

Pedi vista dos autos para analisar com detença os fatos e o plexo normativo pertinente à matéria.

Após a análise dos autos, acompanho integralmente o e. relator, no tocante à absolvição do apelante da prática do delito previsto no art. 2º da Lei n.º 8.176/1991, pelos mesmos fundamentos por ele adotados, que descrevo, *in verbis*:

(...)

Nos termos desse dispositivo, constitui crime contra o patrimônio público, na modalidade usuração, explorar, sem autorização legal, matérias-primas pertencentes à União, as quais devem ser entendidas como substâncias em estado bruto, principal e essencial, com as quais algo pode ser fabricado ou, em outras palavras, substâncias destinadas à obtenção de produto técnico por meio de processo químico, físico ou biológico. Inserem-se, pois, no conceito de matérias-primas pertencentes à União, os recursos minerais em geral, inclusive os do subsolo (inteligência do art. 20, IX da CF), dentre os quais se incluem terra e/ou areia, recursos que podem ser utilizados, p. ex., como matéria-prima para a fabricação de vidro ou para a construção civil. Em se constatando a exploração, sem a necessária autorização legal, de terra e/ou areia, como matéria-prima, restará caracterizado, em princípio, o delito previsto no art. 2º da Lei n.º 8.176/1991.

Nesse passo, convém lembrar Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas (*in Crimes Contra a Natureza de Acordo com a Lei 9.605/1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, fl. 58), que mencionam o seguinte:

A exploração dos recursos minerais é uma das mais importantes atividades econômicas. Entre esses recursos podemos citar as jazidas de águas minerais, negócio em franca expansão, e a extração de pedras preciosas, petróleo e areia para uso nas construções. Esses bens pertencem à União, conforme dispõe o art. 20, inc. IX, § 1º, da Constituição Federal, e, para que possam ser explorados, exige-se autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, entidade autárquica regulada pela Lei 8.876, de 02.05.1994. A exploração e a simples utilização sob formas variadas dos minerais constitui crime previsto no art. 2º da Lei 8.176/91, punido com detenção de até 5 (cinco) anos e multa.

Para a caracterização do delito em questão, a matéria-prima deve ter sido explorada sem a autorização do órgão competente, vale dizer, sem (ou em desacordo com) a autorização emitida pelo Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM, autarquia federal instituída pela Lei nº 8.876, de 02.05.1994, que, em seu art. 3º, estatui: a autarquia DNPM terá como finalidade

promover o planejamento e o fomento da exploração e do aproveitamento dos recursos minerais, e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional, na forma do que dispõe o Código de Mineração, o Código de Águas Minerais, os respectivos regulamentos e a legislação que os complementa, competindo-lhe, em especial: (...) III- acompanhar, analisar e divulgar o desempenho da economia mineral brasileira e internacional, mantendo serviços de estatística da produção e do comércio de bens minerais; VI - fiscalizar a pesquisa, a lavra, o beneficiamento e a comercialização dos bens minerais, podendo realizar vistorias, autuar infratores e impor as sanções cabíveis, na conformidade do disposto na legislação minerária; (...) IX - baixar normas e exercer fiscalização sobre a arrecadação da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal(...).

In casu, restou devidamente demonstrado que o réu *NATAL TENORIO DA SILVA* era o responsável pela atividade de lavra que estava em curso em área próxima ao porto, fora dos limites autorizados pela Licença de Operação n. 5100511 (fls. 08/10), outorgada à empresa “Mineração Água Vermelha Ltda.”.

Com relação à finalidade do produto extraído, o r. juízo sentenciante, ao condenar o acusado pelo delito do art. 2º da Lei nº 8.176/1991, não logrou encontrar indícios de que a extração de areia no local irregular estava sendo efetuada com fins econômicos. Sua condenação deu-se com base no argumento de que o dolo necessário ao tipo penal é genérico e, portanto seria “irrelevante a existência ou não de finalidade comercial”.

Ocorre que, existe posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o crime de usurpação de produto ou matéria-prima da União exige, para sua configuração, a finalidade comercial do produto extraído, não bastando a mera extração mineral sem a devida autorização, devendo restar demonstrado, portanto, o fim lucrativo da extração (...), isto é, para o enquadramento da conduta no tipo do art. 2º, não basta a mera configuração de extração mineral sem a devida autorização, exigindo-se, ainda, a utilização comercial ou venda do produto; em outras palavras, a finalidade especial de exploração de matéria-prima a caracterizar usurpação contra o patrimônio da União (in PAULSEN, Leandro, Crimes Federais, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 183). Válida, nesse passo, a menção ao seguinte julgado que adotou o mesmo entendimento:

(...)

Assim, com relação à finalidade comercial do produto extraído, entendo não ter restado comprovada no caso concreto, o que desautoriza sua condenação no delito do art. 2º da Lei nº 8.176/1991. Negritei.

De outra parte, ao ouvir o depoimento de todas as testemunhas em juízo, as quais são uníssonas em afirmar que, no dia da fiscalização ambiental, a extração de areia não estava sendo realizada com finalidade econômica, mas sim com o objetivo de fazer um teste na embarcação, que havia sofrido um acidente no dia anterior, chego à conclusão de que o apelante também deve ser absolvido da prática do delito previsto no art. 55, da Lei n.º 9.605/1998, por ausência de dolo em sua conduta. Vejamos.

O art. 55 da Lei n.º 9.605/1998 assim dispõe:

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa

A meu ver, o dolo previsto nas condutas tipificadas no art. 55 da lei de crimes ambientais também não está dissociado da finalidade econômica.

Conforme se extrai da obra “Direito Penal do Ambiente” (Luiz Regis Prado, 6ª edição, RT, pág 319), o tipo subjetivo do referido delito é representado pelo dolo, consistente na consciência e vontade dirigidas à pesquisa, lavra ou extração *tipificadas*.

A respeito da tipicidade das condutas previstas no art. 55 da Lei n.º 9.605/98 (*ob cit* pág 317):

Tipicidade objetiva e subjetiva: a ação delituosa consiste em executar (realizar) trabalhos e pesquisa, lavra ou extração (coleta, retirada) de substâncias minerais, sem a competente permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida. Por pesquisa, nos termos do art. 14 do Dec.-lei 227/1967, entende-se a execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da *exequibilidade do seu aproveitamento econômico*. Os trabalhos de extração mineral podem se configurar em atividades de *lavra ou de garimpagem*. Lavra é o conjunto de operações coordenadas *objetivando o aproveitamento industrial da jazida*, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas (art. 36, Dec-lei 227/1967).

Considera-se garimpagem a atividade de aproveitamento de substâncias minerais garimpáveis, executadas no interior de áreas estabelecidas para esse fim, exercida por brasileiro, cooperativa de garimpeiros, autorizada a funcionar como empresa de mineração, sob o regime de permissão de lavra garimpeira (art. 10, caput, Lei 7.805/1989).

No mesmo sentido de que a extração de recursos minerais não está dissociada de seu aproveitamento econômico, dispõe o art. 4º do Decreto-Lei 227/1967, *in verbis*:

Art. 4º. Considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e *que tenha valor econômico*; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa. (negritei)

Nestes termos, a defesa comprovou que a embarcação utilizada pela empresa representada pelo apelante sofreu abalroamento no dia anterior aos fatos e havia a suspeita de um furo em seu casco. Em razão desta suspeita, o apelante determinou que um teste de extração de areia fosse realizado, perto do porto, por questão de segurança, com o objetivo de colocar peso na embarcação para que esta afundasse e fosse possível localizar e, conseqüentemente, reparar o furo. Ao término do teste, a areia seria devolvida ao rio.

Tais fatos podem ser confirmados pelo depoimento das testemunhas, descritos na própria sentença apelada (fls. 421v/422), *in verbis*:

Além dele, as testemunhas de acusação e as testemunhas de defesa Guilherme Augusto Tobal, Reinaldo Batista, Rodrigo Fernandes Santos e Rodrigo Torres Ribas confirmaram ter havido extração de areia no dia dos fatos. Transcrevo seus depoimentos:

Guilherme Augusto Tobal: “(...) Na verdade, eu trabalhava na Mineração Grandes Lagos e prestava serviço pra Água Vermelha. Engenharia ambiental. (...) Na verdade, nesse dia era um teste que ele estava realizando em frente ao porto. Era uma área que estava procurando regularizar, mas ainda não estava autorizada. A área de extração era em outra área. Mas nesse dia ele estava fazendo um teste (...). Porque tinha ocorrido um acidente com a embarcação, bateu numas pedras. Ele fez o teste na área em frente ao porto porque se acontece um acidente estaria ali do lado. Ele estava usando a embarcação da forma que usa todo dia, vai lá, extrai e volta carregado. (...) No local onde estava realizando o teste não (havia licença). O local ficava aproximadamente a 6km do porto. A gente estava buscando regularizar, estava em andamento. (...). Sim (a areia era retirada e devolvida para o rio). Desconheço (se existe

outro procedimento em caso de acidente da embarcação). Essa parte técnica, não sei se tem alguma outra forma de fazer o teste. Ele quis usar o método de carregar e descarregar areia. Desconheço (se houve extração de areia fora do local permitido). No período que eu saí, não tinha a licença de operação, já tinha obtido a licença de instalação”.

Reinaldo Batista: “sim (ele trabalhava na Mineração Água Vermelha). Eu sou registrado na Riolândia. Tirava areia. Sim (cheguei a ir lá). Lá nós estávamos pescando. A embarcação tinha um furo e a gente queria saber onde estava, por isso que estava tirando lá. Eu estava lá. (...) *A gente estava tirando pra experimentar. Não sabia (que ali não tinha permissão pra tirar areia). Natal é o chefe.* (...) Pra baixo um pouquinho (do porto). Nós ficamos com medo de descer até lá. *A embarcação afundou um dia depois. Nós devolvemos a areia pro rio.*”

Rodrigo Fernandes Santos: “conheço Natal. Não estava presente no dia. A caixa pegou nas pedras (...) *Aí estava fazendo um teste (...) Ela tinha um furo. Só que não sabíamos onde estava. Então tinha que colocar areia pra ver. Descer pra baixo era perigoso. (...) Pegaram e falaram que não era pra fazer o teste lá. Aí fomos fazer o teste lá embaixo e ela acabou afundando.* (...) Quando tirou, fez o reparo. Aí achou o buraco. Tirou pra fora, fez o reparo e ficou normal. Sem colocar areia. Aí tirou pra fora e tem a visão do buraco. Quando teve o fato eu não trabalhava na empresa. O procedimento é testar próximo ao porto (quando há acidente). É necessário extrair areia pra fazer o teste. Depois ela é devolvida para o rio, não tem mais utilidade para nós”.

Rodrigo Torres Ribas: “presto serviços desde 2010. Sou engenheiro ambiental, faço os licenciamentos da empresa. Me recordo do acidente. Foi em agosto de 2014. O leito do rio estava baixo, era período de seca. *No dia do acidente, o senhor Natal fez contato comigo pra ter minha opinião sobre realizar o teste no rio porque a embarcação estava com defeito. Ele comentou comigo que a embarcação estava com vazamento (...) tinha que colocar areia na embarcação pra causar um peso e verificar se ela começaria a afundar ou não. A intenção era realizar o teste próximo ao porto porque se precisasse de socorro tinha como fazer. (...) O teste consiste em colocar areia na embarcação e devolver ela para o rio. Sim, um dia após a embarcação veio a afundar. Eu não participei, só via telefone. Ele só pediu informação referente ao teste. (...) Não é comum fazer os testes, só se perceber um vazamento. Eu falei que só poderia fazer o teste.*” Negritei.

Portanto, os elementos dos autos indicam que o apelante não estava praticando, dolosamente, nenhuma das condutas previstas no art. 55 da lei de crimes ambientais, pois ficou comprovado que, na data dos fatos, estava sendo realizado apenas um teste.

Além disso, extrai-se do último depoimento, acima descrito, que o apelante, antes de realizar o referido teste, entrou em contato, via telefone, com o engenheiro ambiental da empresa, para indagar-lhe a respeito desta possibilidade (pois a intenção seria fazê-lo próximo ao porto, “porque se precisasse de socorro tinha como fazer”), sendo que o engenheiro acenou em sentido positivo. Tal procedimento, a meu ver, ratifica a ausência de dolo em sua conduta.

Nestes termos, DOU PROVIMENTO à apelação de NATAL TENÓRIO DA SILVA para *absolvê-lo* das imputações feitas na denúncia.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

APELAÇÃO CRIMINAL

0006810-23.2018.4.03.6181

Apelante: JOSÉ SEBASTIÃO ROSENDO DA SILVA
 Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/04/2020

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. ARTIGO 171, §3º, DO CÓDIGO PENAL. DEMISSÃO SIMULADA. SAQUE DE SEGURO DESEMPREGO. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO CONFIGURADO. AFASTADO O AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. CRIME PERMANENTE. CUSTAS. SUSPENSÃO. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Apelo interposto pela defesa de réu denunciado e condenado em primeiro grau pela prática do delito tipificado no art. 171, §3º, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal.
2. Conjunto probatório que demonstra que o réu fez acordo pra simular sua demissão junto à empresa empregadora, onde permaneceu laborando regular e normalmente após a falsa rescisão do contrato de trabalho, a fim de receber cinco parcelas de seguro-desemprego e realizar o saque de seu FGTS.
3. Comprovação da materialidade delitiva e do dolo específico na conduta do apelante, que obteve vantagem ilícita (pagamento do seguro-desemprego), em prejuízo alheio (Fundo de Amparo ao Trabalhador), mediante fraude (demissão simulada).
4. Tese defensiva de erro de proibição afastada. Dizer que o réu não teria potencial conhecimento da ilicitude, ou seja, que nem sequer poderia conhecer a natureza jurídica delitiva de sua conduta seria partir de pressuposição incompatível com os fatos do caso, e mesmo com a realidade fática em geral (cujo exame é necessário para que se estabeleça o conhecimento potencial da ilicitude, requisito para a aferição da culpabilidade do agente).
5. Pena-base fixada no mínimo legal. Confissão. Súmula 231 STJ. Reconhecida a causa de aumento do art. 171 §3º do Código Penal.
6. O Superior Tribunal de Justiça já assentou que “(A) depender do agente que praticou o ilícito contra a Previdência Social, a natureza jurídica do estelionato previdenciário será distinta: se o agente for o próprio beneficiário, será um delito permanente, que cessará apenas com o recebimento indevido da última parcela do benefício; se o agente for um terceiro não beneficiário ou um servidor do INSS, será um crime instantâneo de efeitos permanentes. Nesse caso, o delito terá se consumado com o pagamento da primeira prestação indevida do benefício”[...] (trecho do voto do e. Relator, Min. FELIX FISCHER, no AgRg no REsp 1720621 / SP, publicado no DJe 01/08/2018). Idêntico raciocínio deve ser aplicado aos crimes de estelionato contra o Fundo de Amparo aos Trabalhadores, como se dá no caso.
- 6.1. Afastado o aumento pela continuidade delitiva, por se tratar de delito permanente.
7. Concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita ao réu.
- 7.1. A mera concessão de gratuidade da justiça não exclui a condenação do réu nas custas do processo, nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal, ficando,

contudo, seu pagamento sobrestado enquanto perdurar seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determina o artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

8. Apelação defensiva parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo, apenas para afastar a continuidade delitiva, reduzindo assim, a pena de JOSÉ SEBASTIÃO ROSENDO DA SILVA para 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime do art. 171, §3º, do Código Penal, e para conceder ao réu os benefícios da justiça gratuita, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Trata-se de apelação interposta pela defesa de JOSÉ SEBASTIÃO DA SILVA contra a r. sentença (id 91783318 – pp.58/66), por meio da qual o ora apelante restou condenado pela prática do crime do art. 171, §3º, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato, devidamente atualizado. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em uma pena de prestação pecuniária no valor de cinco salários mínimos, a ser paga em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, e uma pena de prestação de serviços à comunidade.

Narrou a denúncia (id 91783318 – pp. 3/6):

[...] Em 22 de março de 2017, foram expedidos 02 (dois) ofícios pela Justiça do Trabalho relatando a possível prática de Estelionato Previdenciário perpetrada por *JOSÉ SEBASTIÃO ROSENDO DA SILVA*, referente ao recebimento de seguro-desemprego (fl. 06 - Autos 3000.2017.002249-8 e fl. 06 - Autos 3000.2017.002659-5).

Consta dos autos que, durante audiência referente a Reclamação Trabalhista ajuizada por *JOSÉ SEBASTIÃO* em face à *MOTTA COMÉRCIO DE LAJES LTDAS - ME*, verificou-se que o denunciado, visando à concessão de Seguro-desemprego, realizou acordo de demissão, em dezembro/10, com FRANCISCA MOTTA. Ocorre que, em que pese o recebimento do seguro, o denunciado seguiu trabalhando na empresa empregadora, mesmo sem vínculo formal, sendo readmitido em 02.01.12.

Apurou-se que *JOSÉ SEBASTIÃO* efetuou saques do benefício nos períodos de *março/2011 a julho/2011* e *setembro/2014 e janeiro/2015*, dentre outros (fls. 89/92 - autos 3000.2017.002659-5), sendo certo que, na mesma época, prestada serviços à empresa MOTTA, de modo que pode ser concluir que exercia atividade laboral.

FRANCISCA declarou em depoimento (fls. 35/36 - Autos 3000.2017.002249-8) que *JOSÉ SEBASTIÃO* foi dispensado em fevereiro/2012 em decorrência de pedido do próprio denunciado, que precisava de dinheiro à época. Relatou também que o indiciado retornou à empresa pedindo para “fazer bicos”, o que foi autorizado. Esclareceu nunca ter anuído com trabalho

irregular, sem as devidas anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Ouvido (fls. 37 - Autos 3000.2017.002249-8 e fl. 93 - Autos 3000.2017.002659-5), *JOSÉ SEBASTIÃO* confirmou ter trabalhado alguns períodos sem que tivessem sido realizadas anotações em sua CTPS e que, de fato, pleiteou a demissão para recebimento de verbas trabalhistas. Confessou ter realizado trabalhos esporádicos enquanto recebia o Seguro-desemprego, comprometendo-se a restituir os valores recebidos pelo benefício.

Assim, comprovada a intenção do denunciado em manter o Instituto Nacional do Seguro Social em erro, a fim de obter benefício previdenciário ao qual não tinha direito.

A materialidade e a autoria delitivas restaram devidamente delineadas nos autos, haja vista que *JOSÉ SEBASTIÃO* ajuizou Reclamação Trabalhista pleiteando, dentre outros, a anotação na CTPS de registros de trabalho referente ao período de *03 de fevereiro de 2011 a 02 de janeiro de 2012* (fls. 08v/12 - Autos 3000.2017.002249-8), bem como confessou expressamente em depoimento que “fazia bicos” durante o período em que recebeu Seguro-desemprego em 2014 (fl. 93 - Autos 3000.2017.002659-5). Enquanto isso, recebeu, mediante fraude, em 25/03/2011, 25/04/2011, 25/05/2011, 25/06/2011 e 25/07/2011, a quantia de R\$ 3.674,45 (fl. 90 do IPL 1676/2017).

Diante dos indícios apresentados, restou evidente a autoria e a materialidade delitiva de *JOSÉ SEBASTIÃO ROSENDO DA SILVA*, eis que pleiteou e obteve a benesse do Seguro-desemprego, muito embora executasse trabalhos para a empresa MOTTA, defraudando, portanto, sua condição laborativa. [...] – grifos no original.

A denúncia foi recebida por meio da decisão id 91783318- pp. 20/23, datada de 24/01/2019.

Processado o feito, sobreveio a r. sentença condenatória, publicada na audiência de instrução e julgamento, realizada no dia 19/08/2019 (id 91783318- p. 58).

Em suas razões de recurso (id 91783318- pp. 72/86), a defesa pretende a reforma da sentença de primeiro grau, aduzindo, em síntese, que não há prova suficiente da autoria dolosa imputada ao réu. Subsidiariamente, requer seja afastado o aumento pela continuidade delitiva. Pugna, por fim, pela concessão da isenção das custas processuais.

Contrarrazões de recurso apresentadas pelo órgão ministerial oficiante em primeiro grau, pela manutenção da sentença (id 91783318- p. 88/98).

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República opina pelo desprovimento do recurso (parecer id 108036115)

É o relatório.

Sujeito à revisão na forma regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço do apelo interposto pela defesa. Antes, contudo, de analisar o mérito das questões devolvidas à apreciação desta Corte, faço alguns breves esclarecimentos:

JOSÉ SEBASTIÃO ROSENDO DA SILVA ajuizou duas reclamações trabalhistas contra a empresa “MOTTA COMERCIO DE LAJES LTDA-ME”, que foram autuadas perante a Justiça do Trabalho sob o nº 1001113-42.2016.5.02.0062 e sob o nº 1001114-27.2016.5.02.0062, ambas distribuídas ao Juízo da 62ª Vara do Trabalho de São Paulo.

Em razão dos fatos narrados naquelas ações trabalhistas, o MM. Juízo da 62ª Vara do Trabalho de São Paulo (TRT2) enviou dois ofícios ao Ministério Público Federal, os quais resultaram na instauração de dois inquéritos policiais diferentes: o IPL nº 1241/2017-1 (relativamente ao ofício expedido nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1001113-42.2016.5.02.0062) e o IPL nº 1676/2017-1 (instaurado a partir do ofício expedido nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1001114-27.2016.5.02.0062), aos quais foram atribuídos, respectivamente, os números 0006810-23.2018.403.6181 e 0006752-20.2018.403.6181, da Justiça Federal.

Constatada pela autoridade policial a existência de inquéritos policiais conexos, foi determinada a remessa dos autos nº 0006752-20.2018.403.6181 à Procuradora da República titular nos autos nº 0006810-23.2018.403.6181. posteriormente, sobreveio decisão judicial, proferida em 15/08/2018, ratificando a unificação dos processos e reconhecendo a prevenção da 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP (id 91783318 pp. 16/17).

Foi então oferecida denúncia apenas nos autos nº 0006810- 23.2018.403.6181. Importa, ainda, destacar que o réu foi somente denunciado pela prática do crime de estelionato relativamente aos saques efetuados no ano de 2011, tendo o *Parquet* Federal consignado, na cota de oferecimento da denúncia, não haver “provas de fraude referente ao saque do benefício no período de setembro/2014 e janeiro/2015” (id 91783317 p. 69).

Esclarecidas as particularidades do caso, passo ao julgamento do apelo defensivo.

MATERIALIDADE E AUTORIA

O crime de estelionato exige os seguintes requisitos: a) conduta dolosa do sujeito ativo; b) mediante ardil ou qualquer outro meio fraudulento; c) obtenção de vantagem ilícita; d) induzimento de terceiro em erro.

Em vista de tais elementos, tem-se que a materialidade e a autoria restaram demonstradas, especialmente, pelos seguintes documentos:

- Petição inicial da Reclamação Trabalhista 1001113-42.2016.502.0062, na qual o réu JOSÉ SEBASTIÃO alega que trabalhou, sem registro na carteira, na empresa MOTTA COMÉRCIO DE LAJES LTDA ME, no período de 03/02/2011 a 02/01/2012 (id 91783317 pp. 19/26);

- cópia da CTPS do réu JOSÉ SEBASTIÃO, com data de rescisão em 10/02/2011 (id 91783317 pp. 61/62);

- contestação da Reclamada nos autos da ação Trabalhista 1001113-42.2016.502.0062, no bojo da qual a ex-empregadora do ora réu afirma que JOSÉ SEBASTIÃO trabalhou de 11/02/2011 a 31/12/2011 sem registro, em razão de um “acordo” para que o réu recebesse seguro-desemprego e as verbas rescisórias (id 91783317 pp. 28/31);

- Ofício nº 135/2018/GIGOV/SP oriundo da Caixa Econômica Federal, apontando que o réu sacou cinco parcelas de seguro-desemprego, nos dias 25/03/2011, 25/04/2011, 25/05/2011, 25/06/2011 e 25/07/2011, cada uma no valor de R\$734,89, totalizando R\$3.674,45 (id 91784013 do apenso 0006752-20.2018.403.6181).

Na fase policial, o réu JOSÉ SEBASTIÃO ROSENDO DA SILVA ratificou a autoria delitiva e apontou que a rescisão fraudulenta ocorreu com o conhecimento da empresa. Em seu interrogatório policial, o réu declarou (id 91783317p. 37):

QUE trabalhou na empresa MOTTA COMERCIO DE LAJES LTDA; QUE trabalhou nessa empresa com carteira assinada de maior de 2009 a fevereiro de 2011 e depois de janeiro de 2012 a 30 de julho de 2014 e depois de agosto de 2015 a fevereiro de 2016; QUE o declarante reconhece que de fevereiro de 2011 a janeiro de 2012 o declarante continuou a trabalhar na

empresa sem carteira assinada; QUE seu empregador concordou com essa situação, bem como o declarante; QUE o declarante quem teria sugerido continuar a trabalhar na empresa sem carteira assinada, o que foi aceito pela empresa; QUE o declarante pediu isso ao seu empregador porque precisava de dinheiro e desta forma, sendo demitido oficialmente, receberia seus direitos, inclusive o seguro desemprego; QUE o seu empregador concordou com o pedido do declarante, permitindo que ele continuasse a trabalhar sem carteira, para que ele conseguisse receber seus direitos trabalhistas; QUE quem na empresa concordou com essa situação foi FRANCISCA MELO MOTA; [...] – grifei

E, ainda, consta do termo de acareação, que o réu “reafirma que antes mesmo de pedir demissão, já vinha conversando com Francisca sobre sua necessidade de receber os direitos trabalhistas para ajudar na reforma de sua casa e no interesse dele de continuar a trabalhar na empresa normalmente depois da demissão, sem carteira assinada” (id 91783317 pp. 59/60).

No mesmo sentido foram as declarações da empresa “MOTTA COMERCIO DE LAJES LTDA.” no bojo da contestação apresentada nos autos da Reclamação Trabalhista ajuizada por JOSÉ SEBASTIÃO, da qual constou (id 91783317 p. 28):

Do Contrato de Trabalho – Dos períodos trabalhados – breve resumo

O Reclamante trabalhou para a reclamada por três períodos:

1.- *De março.2009 a dez. 2010*, quando *pediu pra fazer acordo, pois precisava de dinheiro, a reclamada concordou*, pois trata-se de empresa pequena, familiar, o convívio com os empregados é harmonioso, amigável, e a sócia Francisca Motta não viu motivos para não atender aos apelos do funcionário, que já tinha demonstrado seu valor, resolveu ajuda-lo, fazendo acordo. Pagou as verbas rescisórias, no valor de R\$2.129,70 (R\$1.500,00 em 28.01.2011, mais R\$ 629,70 em 10.02.2011), mais R\$2.500,00, em 16.02.2011, na Comissão de Conciliação Prévia Trabalhista, e entregou as guias TRCT para saque do FGTS e Guias CD para Seguro Desemprego.

E ele continuou trabalhando na empresa, mas sem registro. Recebeu o Seguro Desemprego e, quando desejou ser novamente registrado, trouxe a carteira de trabalho para anotação do segundo contrato formal, que se iniciou em 02.01.2012. Todavia, conforme incluso recibo, o período sem registro de 11.02.2011 até 31.12.2011 foi corretamente pago, inclusive FGTS, no valor total de R\$4.202,40.

2.- *De 02.01.2012 a 30.07.201*- novamente pediu para fazer mais um acordo, pois estava precisando de dinheiro. A Reclamada aceitou e lhe pagou corretamente, conforme se verifica dos inclusos recibos. Recebeu verbas rescisórias no valor de R\$3.148,90 e na Câmara de Justiça Privada recebeu mais R\$3.000,00 em complemento, referente a horas extras e diferenças salariais reclamadas, tudo isso no dia 13.08.2014. documentos inclusos.

3.- *De agosto.2014 a junho.2015 continuou trabalhando, conforme inclusos holerites. Mas não quis ser registrado, pois estava recebendo seguro desemprego [...]*

Pelo que se observa, o reclamante quer se beneficiar da própria torpeza, pois *ele mesmo sempre pedia para fazer acordo como se fosse mandado embora, a fim de receber o FGTS e Seguro Desemprego. Mas continuava na empresa, sem registro, pois se fosse registrado, não receberia o Seguro. Conforme se observa dos inclusos holerites, na verdade ele nunca se desligou da empresa como faz parecer, mas se aproveitava dos benefícios sociais e mesmo propondo acordo com a reclamada, esta ainda pagava os 40% do FGTS para ele.* – grifos meus

Em juízo, o réu alterou sua versão. Afirmou que pediu para ser demitido porque precisava de dinheiro para terminar uma reforma em sua casa e que, depois disso, passou a fazer

alguns bicos na empresa “MOTTA” e que só voltou a ser registrado cerca de um ano depois de sua demissão.

A alegação não convence.

Inicialmente, não se deve olvidar que o réu ajuizou reclamação trabalhista pleiteando o recebimento de verbas relativas ao período de 03/02/2011 até 01/01/2012, conforme consta da inicial da Reclamação autuada sob o nº 1001113-42.2016.502.0062:

01. DO CONTRATO DE TRABALHO E DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

O reclamante foi admitido aos serviços da reclamada em 03/02/2011, para exercer a função de MOTORISTA, porém o registro em CTPS somente ocorreu em 02/01/2012. – grifos no original

Além disso, em seu interrogatório judicial, o réu afirmou que retornou à empresa, após seu desligamento formal, para exercer exatamente a mesma função e, questionado pela defesa, confirmou que exercia seu trabalho de segunda a sexta. Assim, não há como se acolher a versão de que apenas fazia alguns “bicos” para a empresa “MOTTA”, o que afastaria a fraude elementar do crime de estelionato pelo qual ora responde. Ao contrário, o que se constata é que a relação de emprego permaneceu praticamente inalterada após a demissão (fictícia) do acusado, que se beneficiou, indevidamente, da percepção do seguro desemprego, além dos salários a que fazia jus no período.

A propósito, como bem assinalado pelo juízo de origem, *“o que ocorre é uma conduta de escolher aquilo que é mais benéfico para si em cada esfera da área jurídica de que se trata. Na área trabalhista o réu alegou que viveu uma relação de emprego contínua e ininterrupta, na área penal aduz que retornou na empresa apenas para fazer alguns bicos.”*

Comprovado, portanto, que JOSÉ SEBASTIÃO ROSENDO DA SILVA recebeu valores referentes a cinco parcelas do Seguro Desemprego, com base na falsa rescisão da relação de emprego com a empresa “MOTTA COMERCIO DE LAJES LTDA ME”.

Em suas razões recursais, a defesa alega que o réu deve ser absolvido, pois desconheceria o caráter ilícito de sua conduta. Conclui no sentido de que faltaria ao acusado o dolo específico de fraudar a Previdência Social.

Dizer que o réu não teria potencial conhecimento da ilicitude, ou seja, que nem sequer poderia conhecer a natureza jurídica delitiva de sua conduta seria partir de pressuposição incompatível com os fatos do caso, e mesmo com a realidade fática em geral (cujo exame é necessário para que se estabeleça o conhecimento potencial da ilicitude, requisito para a aferição da culpabilidade do agente).

Resta claro o conhecimento da ilicitude, pois o apelante é nativo, reside em território nacional, e, como bem salientado na origem, é mesmo intuitivo que o trabalhador empregado não faz jus ao seguro desemprego. Anote-se, por oportuno, que o intuito fraudulento do acusado exsurge da prova já analisada, especialmente clara acerca da preocupação do réu de não ser registrado no período em que percebeu o benefício previdenciário em questão.

Ademais, não há qualquer prova ou mesmo indício sólido de que o apelante não soubesse da ilicitude da conduta. Se se admitisse a ocorrência de erro de proibição com base em mera alegação de um réu, sem qualquer prova ou circunstância fática a ampará-la, estar-se-ia abrindo a interpretação de que bastaria a um acusado alegar, sempre, seu desconhecimento do ordenamento, o que forçaria os órgãos estatais a um (impossível) exame de sua real consciên-

cia da ilicitude. O conhecimento da lei por parte de todos é, por isso mesmo, um pressuposto básico da própria existência do ordenamento, previsto, inclusive, em disposições legais (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 3º; Código Penal, art. 21, primeira parte).

Além disso, é de conhecimento comum que a parcela de Seguro-Desemprego, como o próprio nome sugere, é devida somente àquele que está desempregado, não sendo minimamente crível que o réu não soubesse dessa informação.

Firme nesses fundamentos, reputo comprovado o dolo especial do acusado e rejeito a tese defensiva de absolvição por erro de proibição.

Assim, tendo em vista que o conjunto probatório demonstra, de maneira inequívoca, materialidade e a autoria delitivas, destacadamente o dolo específico na conduta do apelante, que obteve vantagem ilícita (Seguro-Desemprego concomitante com o exercício de trabalho), em prejuízo alheio (Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT), mediante fraude (demissão simulada), mantenho a condenação do réu JOSÉ SEBASTIÃO ROSENDO DA SILVA pela prática do delito previsto no artigo 171, §3º, do Código Penal.

DOSIMETRIA

A pena-base do réu foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase da dosimetria, não foram reconhecidas agravantes, mas apenas a atenuante da confissão espontânea. Todavia, a pena foi mantida no mínimo legal, conforme orientação prevista na Súmula nº 231/STJ.

Na terceira etapa, foi aplicada apenas a causa de aumento do §3º do art. 171, CP, à fração de 1/3 (um terço), do que resultou uma pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão.

Por fim, o MM. Juízo *a quo* aplicou o aumento pela continuidade delitiva, à fração de 1/6 (um sexto), fixando definitivamente a pena do réu em 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Não há recurso acusatório, motivo pelo qual descabe a revisão das penas em prejuízo do condenado.

Por outro lado, a defesa se insurge contra a aplicação do aumento pela continuidade delitiva, aduzindo, em prol de seu requerimento, que o crime de estelionato contra o FAT, praticado pelo próprio beneficiário, tem natureza de crime permanente.

Assiste razão à defesa.

Com efeito, o C. STJ já assentou que “(A) *depende do agente que praticou o ilícito contra a Previdência Social, a natureza jurídica do estelionato previdenciário será distinta: se o agente for o próprio beneficiário, será um delito permanente, que cessará apenas com o recebimento indevido da última parcela do benefício; se o agente for um terceiro não beneficiário ou um servidor do INSS, será um crime instantâneo de efeitos permanentes. Nesse caso, o delito terá se consumado com o pagamento da primeira prestação indevida do benefício[...]*” (trecho do voto do e. Relator, Min. FELIX FISCHER, no AgRg no REsp 1720621 / SP, publicado no DJe 01/08/2018).

O mesmo raciocínio se aplica aos crimes de estelionato contra o Fundo de Amparo aos Trabalhadores, como se dá no caso. A propósito:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO CONTRA O INSS. PERCEPÇÃO DE SEGURO-DESEMPREGO MEDIANTE FRAUDE. ART. 171, § 3º. DO CPB. CONDENAÇÃO EM 10. GRAU. PENAS: 1 ANO, 1 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO, PARA O PRIMEIRO RECORRIDO, E 1 ANO E 4 MESES PARA A SEGUNDA RECORRIDA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBS-

TITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO. APELAÇÃO DOS RÉUS. RECONHECIMENTO, PELO TRF, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO AO FUNDAMENTO DE QUE O CRIME É INSTANTÂNEO COM EFEITOS PERMANENTES. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO. CRIME PERMANENTE. TERMO INICIAL. CESSAÇÃO DO RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO INDEVIDO. PRECEDENTES DA 5ª. TURMA DESTA CORTE. PARECER DO MPF PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, PARA DETERMINAR QUE O TRIBUNAL A QUO JULGUE O MÉRITO DAS APELAÇÕES DOS ACUSADOS, COMO ENTENDER DE DIREITO.

1. O entendimento firmado no acórdão recorrido destoa da jurisprudência da egrégia Quinta Turma desta Corte, segundo a qual o crime de estelionato, quando perpetrado de forma a garantir a seu autor a percepção de benefício previdenciário mensal, é permanente, razão por que o prazo prescricional flui apenas quando findo o pensionamento arditosamente conquistado.

2. Na hipótese, a última parcela do seguro-desemprego indevidamente paga data de 30.10.2002, e a denúncia, por sua vez, foi recebida em 25.10.2006, tendo sido proferida a sentença condenatória em 19.11.2007; dest'arte, ainda não ultrapassado o lapso temporal de 4 anos, considerando as penas aplicadas (art. 109, V do CPB).

3. Recurso Especial provido, em consonância com o parecer ministerial, para determinar que o Tribunal a quo julgue o mérito das Apelações defensivas, como entender de direito.

(STJ, 5ª Turma, REsp 1154543 / SC, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 20/09/2010).

No caso concreto, portanto, descabe aplicar o aumento pela continuidade delitiva. Fixo, assim, a pena definitiva do réu JOSÉ SEBASTIÃO em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Por fim, mantenho (i) o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, §2º, “c”, do Código Penal; (ii) o valor unitário do dia-multa, inclusive porque já fixado no mínimo legal; e (iii) a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, conforme fixada na sentença apelada.

CUSTAS

A Defensoria Pública da União, em suas razões de apelação, requereu a isenção do pagamento das custas processuais, por se tratar o réu de pessoa financeiramente hipossuficiente.

Entendo que se mostra cabível a concessão da justiça gratuita ao réu, qualificado em seu interrogatório judicial como ajudante geral desempregado e assistido pela Defensoria Pública da União, na forma do artigo 98 da Lei nº 13.105/2015.

Nada obstante, a mera concessão de gratuidade da justiça não exclui a condenação do réu nas custas do processo, nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal, ficando, contudo, seu pagamento sobrestado enquanto perdurar seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determina o artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

O pertinente exame acerca da miserabilidade deverá ser realizado, em sede do Juízo de Execução, fase adequada para aferir a real situação financeira do condenado, em sintonia com o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. JUÍZO DA EXECUÇÃO. SÚMULA N. 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. APLICAÇÃO ÀS ALÍNEAS “A” E “C” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. SÚMULA N. 280

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. - O Tribunal de origem, ao manter a condenação do réu nas custas processuais e reconhecer que eventual isenção deve ser promovida no Juízo da Execução, decidiu a lide de acordo com a jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula n. 83/STJ - O óbice dessa Súmula também se aplica ao recurso especial interposto com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional. - A assertiva relativa ao inciso II do art. 10 da Lei n. 14.939/2003 do Estado de Minas Gerais não pode ser conhecida, ante o impedimento do verbete sumular n. 280 do Pretório Excelso, aplicável por analogia no caso. Súmula n. 280: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.” Agravo regimental desprovido.

(6ª Turma, AGARESP 201400925253, Rel. Des. Conv. do TJ/SP Ericson Maranhão, DJE: 24.04.2015)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 804 DO CPP. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. FASE DE EXECUÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte sufragou o entendimento de que o beneficiário da justiça gratuita não faz jus a isenção do pagamento das custas processuais, mas tão somente a suspensão da exigibilidade destas, pelo período de 5 anos, a contar da sentença final, quando então, em não havendo condições financeiras de o recorrente quitar o débito, restará prescrita a obrigação.

2. O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução da sentença condenatória.

3. Agravo regimental improvido.

(6ª Turma, AgInt no REsp 1.637.275/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 06/12/2016, DJe: 16/12/2016).

Concedo, portanto, a gratuidade da justiça ao réu.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo, apenas para afastar a continuidade delitiva, reduzindo assim, a pena de JOSÉ SEBASTIÃO ROSENDO DA SILVA para 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime do art. 171, §3º, do Código Penal, e para conceder ao réu os benefícios da justiça gratuita.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0012139-16.2018.4.03.6181

Apelante: MANUCIA DE JESUS

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2020

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CORREIOS. 322,5 G COCAÍNA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE REDUZIDA. TRANSNACIONALIDADE CARACTERIZADA. REINCIDÊNCIA.

1 A ré foi presa em flagrante em uma agência dos Correios após ter remetido pacote para a Holanda com um brinquedo contendo em seu interior substância identificada como cocaína (322,5 g).

2. O dolo exsurgiu seguro dos autos das circunstâncias fáticas e prova oral coligida. É despida de credibilidade a ilação defensiva de que a ré não sabia da droga no pacote que remetia para a Holanda e que tinha como destinatário um amigo seu, considerando sobretudo o fato de ostentar condenação pretérita por prática do mesmo delito e o quanto relatou a amiga que a acompanhou na agência, no sentido de que o pacote pertencia à ré.

3. Dosimetria da pena. Prospera o pleito defensivo pela redução da pena-base, tendo em vista que a quantidade de entorpecente apreendida não é expressiva. Resta fixada, pois, a pena-base no mínimo legal. Mantida a agravante da reincidência, a causa de aumento em razão da internacionalidade e o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

4. Não procede o pleito de aplicação da causa de diminuição do art. 29, § 1º, do Código Penal, sob o argumento de que a atuação da ré limitou-se a acompanhar Paola até a agência dos Correios. Exsurgiu dos autos que a encomenda contendo a droga pertencia de fato a ré e que o destinatário era amigo seu, portanto, não cabe acolhida a alegação de que sua participação no delito foi de menor importância.

5. Resulta definitiva a pena da ré em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

6. Mantido o dia-multa fixado no valor mínimo previsto legalmente.

7. Considerando a reincidência, resta mantido regime fechado para início de cumprimento de pena, a teor do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal.

8. Não cabe a substituição por penas restritivas de direitos, à vista do *quantum* de pena privativa de liberdade e da reincidência específica.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo apenas para reduzir a pena-base. Fixar em definitivo a pena da ré em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte)

dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, mantidos o regime inicial fechado, o valor do dia-multa no mínimo legal e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CRIMINAL interposta por MANUCIA DE JESUS em face da sentença (ID 104609508 – págs. 96/104) proferida pelo Juiz da 7ª Vara Criminal de São Paulo, que a condenou pela prática do crime do art. 33, caput, c.c art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06, à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos e 14 (quatorze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 802 (oitocentos e dois) dias-multa, fixando o valor de cada dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário-mínimo vigente na data do fato.

Em razões de apelação (ID 104609508 – págs. 109/121), a defesa pleiteou a absolvição por insuficiência de provas da autoria; a redução da pena-base e a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 29, §1º do Código Penal.

Contrarrazões no ID 104609508 – págs. 124/127

O Exmo. Procurador Regional da República Sergei Medeiros Araújo manifestou-se pelo desprovimento do recurso, a fim de que a r. sentença seja mantida em seus exatos termos. (ID 107486125).

É O RELATÓRIO.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

1. Do caso dos autos. MANUCIA DE JESUS foi denunciada como incurso nas penas do art. 33, caput, c/c o art. 40, I da Lei nº 11.343/2006.

Consta da denúncia (ID 104609508 – págs. 03/06):

Consta dos autos que a denunciada MANUCIA DE JESUS em 26 de setembro de 2016, na cidade de São Paulo/SP, de forma livre e consciente, remeteu para o exterior drogas sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

De acordo com o apurado, e no dia dos fatos, a acusada, na companhia de outra mulher, dirigiu-se até uma agência dos Correios localizada no bairro do Tatuapé, nesta Capital, e postou uma encomenda tendo como destinatário George William, residente em Sidney, na Austrália (fls. 05/07 e fls. 10/11).

Entretanto, após fiscalização de rotina realizada em 25 de outubro de 2016, surgiu a suspeita de que a correspondência em questão poderia conter em seu interior substância entorpecente, razão pela qual foi ela retida (fls. 09).

Com a constatação de que a encomenda continha sal de cocaína camuflada em um brinquedo (laudo de fls. 22/26), foram obtidas imagens do circuito interno de segurança da agência a fim de que fosse possível identificar as responsáveis pela remessa indevida, oportunidade

em que se observou que uma das remetentes era MANUCIA DE JESUS, já investigada em outros inquéritos (fls. 31/32).

A denúncia foi recebida em 25/10/2018 (ID 104609508 – págs. 09/13).

Regularmente instruído o feito, sobreveio sentença, que foi publicada em 14/08/2019 (ID 104609508 – pág. 106) e, após este marco, o curso prescricional não sofreu interrupção ou suspensão.

Inexistindo arguições preliminares, passo à análise do mérito.

2. Da materialidade e da autoria. A materialidade não foi objeto de recurso, tendo restado, ademais, suficientemente demonstrada pelas provas carreadas, do que destaco o Auto de Prisão em Flagrante, Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 9/11) e o Laudo Pericial (fls. 22/26 do documento ID 104609507).

A autoria, igualmente, se evidenciou do acervo probatório.

Há que ser destacado que o sistema de vigilância da agência dos Correios em que feita a postagem da droga gravou imagens do ocorrido, nelas constando a ré, MANUCIA, acompanhada de uma outra pessoa, posteriormente identificada por Paola, amiga daquela.

A ré admitiu ser a pessoa retratada nas filmagens.

Afora isso, é possível chegar a tal conclusão a partir do exame da reprodução de tais imagens, acostadas nos documentos ID 104609507, fls. 31/37 e fls. 127/133). Não restam dúvidas de que a apelante postou a encomenda contendo a droga na agência dos Correios, em Tatuapé.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, considerando que a ré ostenta já uma condenação pela prática de tráfico de entorpecentes – tendo sido presa em flagrante em 10.11.2007 - , além de investigações em curso pelo mesmo crime (ID 104609507 – fls. 44/45), não lhe aproveita a alegação de que agiu sem dolo, por desconhecer o conteúdo ilícito do pacote que postou.

Por derradeiro, a simples alegação de que não sabia da droga na encomenda que foi postar e que Paola a implicou no ilícito por haver inimizade entre elas é desarrazoada e infundada, considerando que a ré relatou em seu depoimento que são amigas.

Deveras, ouvida em juízo, Paola afirmou que é vizinha da ré MANUCIA, e que esta lhe pediu ajuda para postar uma encomenda. Relatou que como viu que a encomenda continha apenas um brinquedo, não se opôs em ajudá-la. Confirmou, ainda, que a correspondência era da ré MANUCIA, e que seria enviada para um amigo daquela, residente no exterior (ID 104609507 – fls. 48/50).

As alegações defensivas, portanto, restaram isoladas nos autos e não merecem prosperar à luz da prova acusatória.

O dolo se evidenciou à saciedade das circunstâncias que permearam o fato, corroborado pela prova oral colhida na fase policial e judicial, confirmando de forma satisfatória a ocorrência dos fatos e sua autoria, pelo que de rigor a manutenção da condenação da apelante.

Passo à aplicação da pena.

3. Da dosimetria da pena.

A pena restou concretizada pelo juízo *a quo* em 08 (oito) anos e 14 (quatorze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 802 (oitocentos e dois) dias-multa, fixando o valor de cada dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário-mínimo vigente na data do fato.

Primeira fase fase.

O juízo *a quo* fixou a pena-base em 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 27 (vinte e sete) dias de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, sob a seguinte fundamentação:

Na primeira fase da individualização da pena, analisam-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. As circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, são compostas por oito fatores. Numa perspectiva geral, se os oito elementos inseridos no quadro da culpabilidade forem favoráveis, a censurabilidade será mínima, restando a pena-base no patamar básico; se desfavoráveis, a censurabilidade, obviamente, será extrema, devendo-se partir do máximo previsto pelo tipo penal. Importante destacar constituírem a personalidade, os antecedentes e os motivos como fatores preponderantes, conforme previsão formulada pelo art. 67 do Código Penal (nessa norma, menciona-se a reincidência, que não deixa de ser antecedente criminal). A eles, então, atribui-se o peso 2. Portanto, a projeção dos pesos atribuídos aos elementos do art. 59, em escala de pontuação, forneceria o seguinte: personalidade = 2; antecedentes = 2; motivos = 2; culpabilidade = 1. O total dos pontos é 11. Firmados os critérios, torna-se fundamental que o magistrado promova a verificação da existência fática de cada elemento, avaliando as provas constantes dos autos, para, na sequência, promover o confronto entre os fatores detectados. Dessa comparação, surgirá a maior ou menor culpabilidade, ou seja, a maior ou menor censura ao crime e seu autor. Vale ressaltar, a individualização da pena é processo discricionário, juridicamente vinculado aos motivos enumerados pelo julgador. Essa pode ser a regra, embora somente a situação concreta, espelhada nas provas dos autos, permita ao magistrado avaliar se não cabe uma exceção. Valendo-me do sistema de pesos para fixação da pena-base e considerando a diferença entre o limite mínimo e máximo das penas cominadas em abstrato, *verifico que a cocaína é substância que merece repreensão acima do mínimo legal. Não somente a quantidade, mas também o tipo de droga, que deve ser considerado no momento da individualização da pena. Por essa circunstância aumento a pena em 1 (um) onze avos da diferença entre a pena mínima e a pena máxima. Fixo-lhe a pena-base de 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 27 (vinte e sete) dias de reclusão – grifei.*

O pleito defensivo pela redução da pena-base deve ser provido.

Na primeira fase de fixação da pena, além das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, deve ser considerado preponderantemente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, o grau de reprovabilidade da conduta, aferido pela nocividade e quantidade de tóxico que se buscou transportar, o que indicará se a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal ou acima desse patamar.

A jurisprudência é uníssona no sentido de que a quantidade e a natureza do entorpecente devem ser consideradas na fixação da pena-base, uma vez que, atendendo à finalidade da lei, que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esse fundamento apresenta-se válido para individualizar a pena dado o maior grau de censurabilidade da conduta. Nesse sentido:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n.11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a reprimenda de piso acima do mínimo legal, em razão da natureza e a excessiva

quantidade do estupefaciente apreendido, encontra-se devidamente justificada e proporcional às especificidades do caso versado.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que as circunstâncias do caso concreto levaram à conclusão de que a acusada integraria organização criminosa dedicada à exploração do tráfico internacional de drogas.

REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ESTUPEFACIENTES APREENDIDOS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, circunstância concreta relacionada à natureza e quantidade da droga apreendida, é motivação suficiente a ensejar a fixação de regime mais gravoso, no caso, o fechado, não havendo ilegalidade a sanar, no ponto.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1034892/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 06/10/2017).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE “MULA”. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

2. Reconhecido pelo Tribunal a quo, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, que o agravante integra organização criminosa voltada ao comércio de drogas, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. O agente transportador de drogas, na qualidade de “mula” do tráfico, integra organização criminosa, não fazendo jus, portanto, à causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 634.411/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

No caso concreto, foi apreendido em poder da acusada 322,5 g de cocaína (Laudo de Perícia Criminal às fls. 22/26 do documento ID 104609507), quantidade não expressiva de entorpecente.

Quanto às demais circunstâncias judiciais, não verifico se afaste a conduta do ordinariamente observado nesses casos.

Sendo assim, acolho pedido da defesa para fixar a pena-base no mínimo legal, perfazendo 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa.

Segunda fase.

Na segunda fase da dosimetria da pena, foi reconhecida a agravante da reincidência, conforme certidão de fls. 162v e observado o prazo depurador legalmente previsto, o que acertadamente ensejou majoração da pena de 1/6 (um sexto), que mantenho.

Não foram reconhecidas atenuantes de pena, pelo que resulta a pena intermediária fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Terceira fase.

No tocante às causas de aumento de pena, incidiu na espécie o art. 40, I, da Lei de Tóxicos, à razão de 1/6 (um sexto) pela internacionalidade do delito, devidamente reconhecida.

Demais disso, ausente o requisito da primariedade, não é aplicável o benefício disposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Não procede o pleito de aplicação da causa de diminuição do art. 29, § 1º, do Código Penal, sob o argumento de que a atuação de MANUCIA limitou-se a acompanhar Paola até a agência dos Correios.

Exsurgiu dos autos que a encomenda contendo a droga pertencia de fato a MANUCIA e que o destinatário era amigo seu, portanto, não cabe acolhida a alegação de que sua participação no delito foi de menor importância.

Aplicando-se, pois, a causa de aumento sobre a pena fixada, resulta definitiva a pena da ré em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Mantenho o dia-multa fixado no valor mínimo previsto legalmente.

Considerando a reincidência, mantenho o regime fechado para início de cumprimento de pena, a teor do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal.

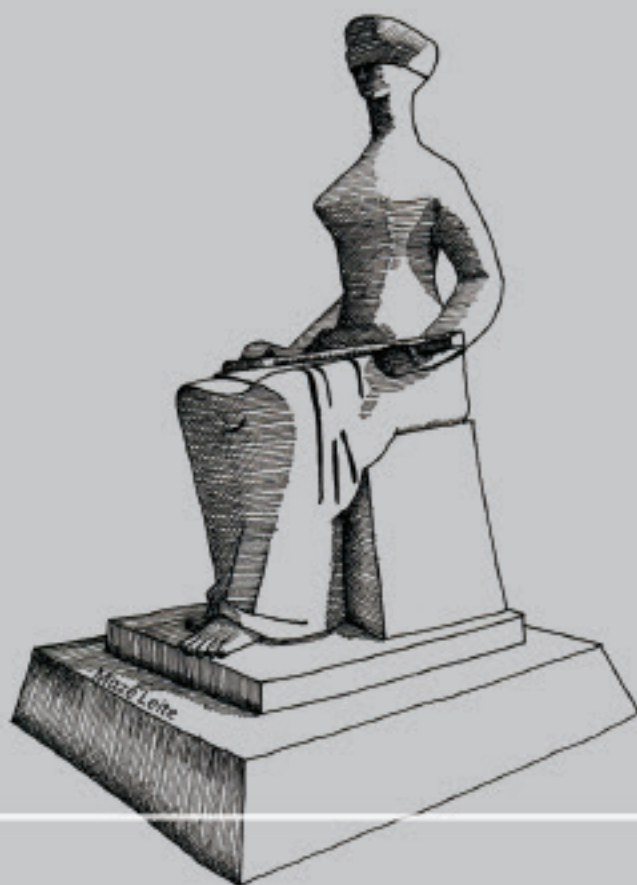
Não cabe a substituição por penas restritivas de direitos, à vista do quantum de pena privativa de liberdade e da reincidência específica.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo apenas para reduzir a pena-base. Fixo em definitivo a pena da ré em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, mantidos o regime inicial fechado, o valor do dia-multa no mínimo legal e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

0001721-57.2011.4.03.6183

Apelantes: JOSÉ ROBERTO DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/04/2020

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL DE APOSENTADORIA POR IDADE. ATIVIDADE COMUM REGISTRADA EM CTPS. SÚMULA 12 DO TST. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECOLHIMENTO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO INSS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADES NA CTPS. POSSIBILIDADE DE CÔMPUTO PARA APURAÇÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. REVISÃO DEVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TERMO FINAL PARA A SUA INCIDÊNCIA. DATA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ISONOMIA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DA TURMA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA. APELAÇÃO DO INSS E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDAS.

1 - Pretende a parte autora o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por idade, mediante o reconhecimento de períodos de atividade comum anotados em CTPS e não averbados pelo INSS (09/03/1962 a 19/03/1962, 01/04/1962 a 30/06/1962, 01/11/1962 a 31/05/1967, 01/06/1967 a 28/07/1969, 01/08/1969 a 14/09/1972, 15/09/1972 a 14/01/1974, 15/01/1974 a 12/05/1975, 18/06/1975 a 16/02/1976, 02/03/1977 a 02/05/1978, 08/05/1978 a 19/05/1978, 01/06/1978 a 12/12/1982, 03/11/1983 a 28/03/1988, 02/05/1988 a 22/10/1990 e 01/10/1991 a 02/12/2007).

2 - O art. 29, *caput*, do Plano de Benefícios, na sua forma original, dizia que: “O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.”. Com o advento da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, a norma foi alterada e adotou novo critério para a apuração do salário de benefício.

3 - Por se tratar de norma que alterou a metodologia de cálculo do provento a ser auferido, inclusive para aqueles já filiados ao regime previdenciário antes do seu advento, o art. 3º da Lei em comento definiu a regra de transição para as aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial (alíneas “b”, “c” e “d” do inciso I do art. 18).

4 - Por sua vez, o art. 50 da norma em comento assim dispõe: “A aposentadoria por idade, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) deste, por grupo de 12 (doze) contribuições, não podendo ultrapassar 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.”

5 - O cálculo dos benefícios previdenciários deve seguir as normas vigentes à época em que preenchidos os requisitos à sua concessão. Tratando-se de benefício iniciado em 03/12/2007, deve-se, para efeito da apuração do salário de benefício, utilizar as regras previstas no art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

6 - Como bem reconhecido pela sentença ora guerreada, depreende-se dos autos que os períodos de 02/05/1988 a 22/10/1990 e 01/10/1991 a 02/12/2007 já foram computados pela Autarquia no momento da concessão do benefício (“resumo de documentos para cálculo de tempo de contribuição” em cotejo com o Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS).

7 - Os períodos controvertidos referem-se, portanto, a 09/03/1962 a 19/03/1962, 01/04/1962 a 30/06/1962, 01/11/1962 a 31/05/1967, 01/06/1967 a 28/07/1969, 01/08/1969 a 14/09/1972, 15/09/1972 a 14/01/1974, 15/01/1974 a 12/05/1975, 18/06/1975 a 16/02/1976, 02/03/1977 a 02/05/1978, 08/05/1978 a 19/05/1978, 01/06/1978 a 12/12/1982 e 03/11/1983 a 28/03/1988.

8 - As anotações dos contratos de trabalho na CTPS do autor comprovam os vínculos laborais mantidos nos interregnos acima mencionados.

9 - É assente na jurisprudência que a CTPS constitui prova do período nela anotado, somente afastada a presunção de veracidade mediante apresentação de prova em contrário, conforme assentado no Enunciado nº 12 do Tribunal Superior do Trabalho. E, relativamente ao recolhimento de contribuições previdenciárias, em se tratando de segurado empregado, essa obrigação fica transferida ao empregador, devendo o INSS fiscalizar o exato cumprimento da norma. Logo, eventuais omissões não podem ser alegadas em detrimento do trabalhador que não deve ser penalizado pela inércia de outrem.

10 - Portanto, a mera alegação do INSS no sentido de que, na falta de previsão do vínculo no CNIS, a CTPS precisa ser cotejada com outros elementos de prova, não é suficiente para infirmar a força probante do documento apresentado pelo autor, e, menos ainda, para justificar a desconsideração de tais períodos na contagem do tempo para fins de aposentadoria.

11 - Em outras palavras, o ente autárquico não se desincumbiu do ônus de comprovar eventuais irregularidades existentes nos registros apostos na CTPS do autor (art. 333, II, CPC/73 e art. 373, II, CPC/15), devendo, desse modo, proceder ao cálculo do tempo de serviço com a devida inclusão dos vínculos laborais em discussão. Precedentes.

12 - Assim sendo, de rigor o reconhecimento dos vínculos empregatícios nos períodos de 09/03/1962 a 19/03/1962, 01/04/1962 a 30/06/1962, 01/11/1962 a 31/05/1967, 01/06/1967 a 28/07/1969, 01/08/1969 a 14/09/1972, 15/09/1972 a 14/01/1974, 15/01/1974 a 12/05/1975, 18/06/1975 a 16/02/1976, 02/03/1977 a 02/05/1978, 08/05/1978 a 19/05/1978, 01/06/1978 a 12/12/1982 e 03/11/1983 a 28/03/1988, constantes na CTPS, ainda que sem anotação no CNIS.

13 - Registre-se, por oportuno, que mesmo os vínculos que não se apresentam totalmente legíveis na CTPS trazida por cópia aos autos – quais sejam: 09/03/1962 a 19/03/1962, 01/11/1962 a 31/05/1967, 01/06/1967 a 28/07/1969, 15/01/1974 a 12/05/1975 e 01/06/1978 a 12/12/1982 - merecem ser reconhecidos, haja vista que, por ocasião do requerimento administrativo formulado em 23/11/2000, o INSS já havia computado tais lapsos, tomando por base exatamente as CTPS’s apresentadas pelo segurado, conforme se infere das planilhas elaboradas pelo ente previdenciário.

14 - Os lapsos temporais ora reconhecidos devem ser considerados para fins de cálculo do tempo de serviço, eis que aptos a alterar o “grupo de contribuições” utilizado como base para aplicação da alíquota de 1% e apuração do coeficiente da aposentadoria por idade, nos termos do art. 50 da Lei nº 8.213/91.

15 - De rigor, portanto, a procedência do pleito revisional, devendo a Autarquia proceder ao recálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por idade, a partir da data do requerimento administrativo (03/12/2007), com pagamento das diferenças em atraso.

16 - Correção monetária dos valores em atraso calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente quando da elaboração da conta, com aplicação do IPCA-E nos moldes do julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE) e com efeitos prospectivos.

17 - Juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

18 - Quanto aos honorários advocatícios, é inegável que as condenações pecuniárias da autarquia previdenciária são suportadas por toda a sociedade, razão pela qual a referida verba deve, por imposição legal, ser fixada moderadamente - conforme, aliás, preconizava o §4º, do art. 20 do CPC/73, vigente à época do julgado recorrido - o que restará perfeitamente atendido com o percentual de 10% (dez por cento), devendo o mesmo incidir sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante o verbete da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

19 - O termo *ad quem* a ser considerado continua sendo a data da prolação da sentença, ainda que reformada. E isso se justifica pelo princípio constitucional da isonomia. Na hipótese de procedência do pleito em 1º grau de jurisdição e sucumbência da autarquia previdenciária, o trabalho do patrono, da mesma forma que no caso de improcedência, perdura enquanto não transitada em julgado a decisão final. O que altera são, tão somente, os papéis exercidos pelos atores judiciais que, dependendo da sorte do julgamento, ocuparão polos distintos em relação ao que foi decidido. Portanto, não se afigura lógico e razoável referido *discrímen*, a ponto de justificar o tratamento diferenciado, agraciando com maior remuneração profissionais que exercem suas funções em 1º e 2º graus com o mesmo empenho e dedicação. Precedentes.

20 - Apelação da parte autora provida. Remessa necessária e apelação do INSS parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação da parte autora, para reconhecer também os períodos de 09/03/1962 a 19/03/1962, 01/04/1962 a 30/06/1962, 01/11/1962 a 31/05/1967, 01/06/1967 a 28/07/1969, 01/08/1969 a 14/09/1972, 15/09/1972 a 14/01/1974, 15/01/1974 a 12/05/1975, 18/06/1975 a 16/02/1976, 02/03/1977 a 02/05/1978, 01/06/1978 a 12/12/1982 e 03/11/1983 a 28/03/1988, e para condenar a Autarquia ao pagamento da verba honorária de sucumbência, fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, e dar parcial provimento à remessa necessária e à apelação do INSS,

a fim de estabelecer que a correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e que os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, serão fixados de acordo com o mesmo Manual, mantendo, no mais, a r. sentença de 1º grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de remessa necessária e apelações interposta pela parte autora e pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em ação ajuizada por JOSE ROBERTO DA SILVA, objetivando a revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por idade de sua titularidade.

A r. sentença (ID 104286572 - Págs. 102/105) julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir (art. 267, VI, do CPC/73), *"em relação à averbação dos períodos de trabalho de 02.05.1988 à 22.10.1990 e de 01.10.1991 à 02.12.2007"*, e julgou parcialmente procedentes os demais pedidos, *"para declarar e reconhecer ao autor o direito à inclusão dos períodos entre 08.05.1978 à 19.05.1978 ("METALÚRGICA ANTONIO AFONSO LTDA.") e de 03.11.1983 à 01.03.1988 (HP REPRESENTAÇÕES IND. COM. EXP. E IMPORTAÇÃO LTDA.), em atividades urbanas comuns, determinando ao réu proceda a somatória com os demais períodos de trabalho, já reconhecidos administrativamente, exercidos até a DER -, 03.12.2007 - e a revisão do benefício de aposentadoria por idade, afetos ao NB 41/146.132.325-5"*, acrescidas as diferenças apuradas de correção monetária e juros de mora. Fixou a sucumbência recíproca. Sentença submetida ao reexame necessário.

Em razões recursais (ID 104286572 - Págs. 119/124), a parte autora pugna pelo reconhecimento dos demais períodos de atividade comum pleiteados, ao argumento de que *"o registro na CTPS constitui prova forte o suficiente para garantir o direito do segurado"* e que *"o ônus da prova é da autarquia previdenciária caso queira provar que tais registros estão incorretos"*. Pede a procedência total do pleito revisional, com a condenação da Autarquia no pagamento da verba honorária de sucumbência.

O INSS, por sua vez (ID 104286572 - Págs. 131/135), sustenta que a documentação juntada não comprova o efetivo trabalho nos períodos indicados, aduzindo, ainda, que somente podem ser computados os interregnos registrados no CNIS do autor. Subsidiariamente, requer a aplicação da Lei nº 11.960/2009 na fixação dos critérios de incidência da correção monetária e dos juros de mora.

Contrarrazões da parte autora (ID 104286572 - Págs. 138/140).

Devidamente processados os recursos, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Pretende a parte autora o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por idade, mediante o reconhecimento de períodos de atividade comum anotados em CTPS e não averbados pelo INSS (09/03/1962 a 19/03/1962, 01/04/1962 a 30/06/1962, 01/11/1962 a 31/05/1967, 01/06/1967 a 28/07/1969, 01/08/1969 a 14/09/1972, 15/09/1972 a 14/01/1974, 15/01/1974 a 12/05/1975, 18/06/1975 a 16/02/1976, 02/03/1977 a 02/05/1978, 08/05/1978 a 19/05/1978, 01/06/1978 a 12/12/1982, 03/11/1983 a 28/03/1988, 02/05/1988 a 22/10/1990 e 01/10/1991 a 02/12/2007).

O art. 29, *caput*, do Plano de Benefícios, na sua forma original, dizia que: “O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.”

Com o advento da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, a norma foi alterada e adotou novo critério para a apuração do salário de benefício, consoante se verifica na redação atual do art. 29, *in verbis*:

Art. 29 . O salário-de-benefício consiste:

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;

II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

Vale registrar que o benefício de que trata a alínea “b” do inciso I do art. 18, mencionado no inciso I do art. 29 é a aposentadoria por idade.

Por se tratar de norma que alterou a metodologia de cálculo do provento a ser auferido, inclusive para aqueles já filiados ao regime previdenciário antes do seu advento, o art. 3º da Lei em comento definiu a regra de transição para as aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial (alíneas “b”, “c” e “d” do inciso I do art. 18) desta forma:

Art. 3º: Para o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta Lei, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do caput do art. 29 da Lei no 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei.

(...)

§2º: No caso das aposentadorias de que tratam as alíneas b, c e d do inciso I do art. 18, o divisor considerado no cálculo da média a que se refere o caput e o § 1º não poderá ser inferior a sessenta por cento do período decorrido da competência julho de 1994 até a data de início do benefício, limitado a cem por cento de todo o período contributivo.

Por sua vez, o art. 50 da norma em comento assim dispõe:

A aposentadoria por idade, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) deste, por grupo de 12 (doze) contribuições, não podendo ultrapassar 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Dito isso, cumpre esclarecer, ainda, que o cálculo dos benefícios previdenciários deve seguir as normas vigentes à época em que preenchidos os requisitos à sua concessão.

Neste sentido está o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ERRO DE FATO - RECONHECIMENTO - APRECIACÃO DO RECURSO ESPECIAL - CÁLCULO DA RMI - APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DO MOMENTO DA AQUISIÇÃO DO DIREITO À APOSENTADORIA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos termos do art. 535 do CPC, são cabíveis os embargos de declaração para a modificação do julgado que se apresentar omissos, contraditórios ou obscuros, bem como para sanar possível erro material existente na decisão.

2. No caso, há evidente erro material quanto à questão tratada nos autos.

3. *Tanto no Pretório Excelso quanto nesta Corte Superior de Justiça, encontra-se pacificado o entendimento segundo o qual, em homenagem ao princípio tempus regit actum, o cálculo do valor da aposentadoria deve ser realizado com base na legislação vigente à época em que restaram cumpridas as exigências legais para a concessão do benefício. Situação que não se confunde com a retroação da data de início do benefício.*

4. Embargos de declaração acolhidos para apreciar e dar parcial provimento ao recurso especial.

(STJ, 5ª Turma, EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 1240190/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 18/6/2014, DJe 27/6/2014 - destaque não original)

Tratando-se de benefício iniciado em 03/12/2007, deve-se, para efeito da apuração do salário de benefício, utilizar as regras previstas no art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Como bem reconhecido pela sentença ora guerreada, depreende-se dos autos que os períodos de 02/05/1988 a 22/10/1990 e 01/10/1991 a 02/12/2007 já foram computados pela Autarquia no momento da concessão do benefício (“resumo de documentos para cálculo de tempo de contribuição”, ID 104286572 - P. 13, em cotejo com o Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, ID 104286572 - P. 92).

Os períodos controvertidos referem-se, portanto, a 09/03/1962 a 19/03/1962, 01/04/1962 a 30/06/1962, 01/11/1962 a 31/05/1967, 01/06/1967 a 28/07/1969, 01/08/1969 a 14/09/1972, 15/09/1972 a 14/01/1974, 15/01/1974 a 12/05/1975, 18/06/1975 a 16/02/1976, 02/03/1977 a 02/05/1978, 08/05/1978 a 19/05/1978, 01/06/1978 a 12/12/1982 e 03/11/1983 a 28/03/1988.

As anotações dos contratos de trabalho na CTPS do autor (ID 104286572 - Págs. 34/81) comprovam os vínculos laborais mantidos nos interregnos acima mencionados.

É assente na jurisprudência que a CTPS constitui prova do período nela anotado, somente afastada a presunção de veracidade mediante apresentação de prova em contrário, conforme assentado no Enunciado nº 12 do Tribunal Superior do Trabalho. E, relativamente

ao recolhimento de contribuições previdenciárias, em se tratando de segurado empregado, essa obrigação fica transferida ao empregador, devendo o INSS fiscalizar o exato cumprimento da norma. Logo, eventuais omissões não podem ser alegadas em detrimento do trabalhador que não deve ser penalizado pela inércia de outrem.

Portanto, a mera alegação do INSS no sentido de que, na falta de previsão do vínculo no CNIS, a CTPS precisa ser cotejada com outros elementos de prova, não é suficiente para infirmar a força probante do documento apresentado pelo autor, e, menos ainda, para justificar a desconsideração de tais períodos na contagem do tempo para fins de aposentadoria.

Em outras palavras, o ente autárquico não se desincumbiu do ônus de comprovar eventuais irregularidades existentes nos registros apostos na CTPS do autor (art. 333, II, CPC/73 e art. 373, II, CPC/15), devendo, desse modo, proceder ao cálculo do tempo de serviço com a devida inclusão dos vínculos laborais em discussão. A propósito do tema, os julgados desta E. Corte a seguir transcritos:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE ATIVIDADE COMUM. ANOTAÇÃO EM CTPS. PERÍODOS SEM RECOLHIMENTOS. AUTOMATICIDADE. ATIVIDADE ESPECIAL. TORNEIRO MECÂNICO. RUÍDO. AGENTES BIOLÓGICOS. ENQUADRAMENTO. REQUISITOS PREENCHIDOS PARA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONJECTÁRIOS.

- Discute-se o atendimento das exigências à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, após reconhecimento dos lapsos (comum e especial) vindicados.

Na linha do que preceitua o artigo 55 e parágrafos da Lei n.º 8.213/91, a parte autora logrou comprovar, via CTPS, o período de labor comum.

- *Com relação à veracidade das informações constantes da CTPS, gozam elas de presunção de veracidade juris tantum*, consoante o teor da Súmula n.º 225 do Supremo Tribunal Federal: “Não é absoluto o valor probatório das anotações da carteira profissional.” *Todavia, conquanto não absoluta a presunção, as anotações nela contidas prevalecem até prova inequívoca em contrário, nos termos do Enunciado n.º 12 do Tribunal Superior do Trabalho.*

- *Embora não conste no CNIS as contribuições referentes a este vínculo, tal omissão não pode ser imputada à parte autora, pois sua remuneração sempre tem o desconto das contribuições, segundo legislação trabalhista e previdenciária, atual e pretérita.*

- Diante do princípio da automaticidade, hospedado no artigo 30, I, “a” e “b”, da Lei nº 8.212/91, cabe ao empregador descontar o valor das contribuições das remunerações dos empregados e recolhê-las aos cofres da previdência social.

- *A obrigação de fiscalizar o recolhimento dos tributos é do próprio INSS (rectius: da Fazenda Nacional), nos termos do artigo 33 da Lei n.º 8.212/91. No caso, caberia ao INSS comprovar a irregularidade das anotações da CTPS do autor, ônus a que não se desincumbiu nestes autos.*

- O tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados poderão fazer a conversão dos anos trabalhados a “qualquer tempo”, independentemente do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria. (...)

- A aposentadoria por tempo de contribuição é devida desde a DER. (...)

- Apelação do INSS e remessa oficial desprovidas. Recurso adesivo da parte autora provido. (TRF 3ª Região, NONA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2194449 - 0007005-12.2012.4.03.6183, Rel. JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, julgado em 12/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/01/2017) (grifos nossos)

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA CONDICIONAL. OCORRÊNCIA. NULIDADE. TEORIA DA CAUSA MADURA. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA

PROCESSUAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO COMUM. ANOTAÇÃO EM CTPS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. ATIVIDADE ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTE NOCIVO. RUÍDO. OBSERVÂNCIA DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE. PPP. DOCUMENTO HÁBIL. EPI. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DA ESPECIALIDADE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPLANTAÇÃO IMEDIATA DO BENEFÍCIO.

I - Sentença condicional que determina a concessão do benefício, se presentes os requisitos legais, é nula, por afronta ao disposto no art. 492, do novo CPC.

II - Feito em condições de imediato julgamento (teoria da causa madura), aplicação do art. 1.013, inc. II, do novo CPC.

III - *As anotações em CTPS gozam de presunção legal de veracidade juris tantum, sendo que divergências entre as datas anotadas na carteira profissional e os dados do CNIS, não afastam a presunção da validade das referidas anotações, mormente que a responsabilidade pelas contribuições previdenciárias é ônus do empregador.*

IV - 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 n. 53.831/64 e 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto n. 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.

(...)

XI - Nos termos do artigo 497 do Novo Código de Processo Civil, determinada a imediata implantação do benefício.

XII - Sentença declarada nula de ofício. Pedido julgado parcialmente procedente com fulcro no art. 1.013, § 3º, III, do Novo CPC/2015. Apelação do autor prejudicada.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2141295 - 0007460-33.2016.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 07/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/02/2017) (grifos nossos)

Assim sendo, de rigor o reconhecimento dos vínculos empregatícios nos períodos de 09/03/1962 a 19/03/1962, 01/04/1962 a 30/06/1962, 01/11/1962 a 31/05/1967, 01/06/1967 a 28/07/1969, 01/08/1969 a 14/09/1972, 15/09/1972 a 14/01/1974, 15/01/1974 a 12/05/1975, 18/06/1975 a 16/02/1976, 02/03/1977 a 02/05/1978, 08/05/1978 a 19/05/1978, 01/06/1978 a 12/12/1982 e 03/11/1983 a 28/03/1988, constantes na CTPS, ainda que sem anotação no CNIS.

Registre-se, por oportuno, que mesmo os vínculos que não se apresentam totalmente legíveis na CTPS trazida por cópia aos autos – quais sejam: 09/03/1962 a 19/03/1962, 01/11/1962 a 31/05/1967, 01/06/1967 a 28/07/1969, 15/01/1974 a 12/05/1975 e 01/06/1978 a 12/12/1982 - merecem ser reconhecidos, haja vista que, por ocasião do requerimento administrativo formulado em 23/11/2000, o INSS já havia computado tais lapsos, tomando por base exatamente as CTPS's apresentadas pelo segurado, conforme se infere das planilhas elaboradas pelo ente previdenciário (ID 104286572 - Págs. 10/14).

Os lapsos temporais ora reconhecidos devem ser considerados para fins de cálculo do tempo de serviço, eis que aptos a alterar o “grupo de contribuições” utilizado como base para aplicação da alíquota de 1% e apuração do coeficiente da aposentadoria por idade, nos termos do art. 50 da Lei nº 8.213/91.

De rigor, portanto, a procedência do pleito revisional, devendo a Autarquia proceder ao recálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por idade, a partir da data do requerimento administrativo (03/12/2007), com pagamento das diferenças em atraso.

A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.

Os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

Quanto aos honorários advocatícios, é inegável que as condenações pecuniárias da autarquia previdenciária são suportadas por toda a sociedade, razão pela qual a referida verba deve, por imposição legal, ser fixada moderadamente - conforme, aliás, preconizava o §4º, do art. 20 do CPC/73, vigente à época do julgado recorrido - o que restará perfeitamente atendido com o percentual de 10% (dez por cento), devendo o mesmo incidir sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante o verbete da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

O termo *ad quem* a ser considerado continua sendo a data da prolação da sentença, ainda que reformada. E isso se justifica pelo princípio constitucional da isonomia. Explico. Na hipótese de procedência do pleito em 1º grau de jurisdição e sucumbência da autarquia previdenciária, o trabalho do patrono, da mesma forma que no caso de improcedência, perdura enquanto não transitada em julgado a decisão final. O que altera são, tão somente, os papéis exercidos pelos atores judiciais que, dependendo da sorte do julgamento, ocuparão polos distintos em relação ao que foi decidido. Portanto, não considero lógico e razoável referido discrimen, a ponto de justificar o tratamento diferenciado, agraciando com maior remuneração profissionais que exercem suas funções em 1º e 2º graus com o mesmo empenho e dedicação.

Por tais razões, imperiosa a fixação do termo final, para a incidência da verba honorária, na data da prolação da sentença.

Neste sentido, aliás, existem precedentes dessa 7ª Turma:

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPROVIMENTO.

1 - O benefício de prestação continuada é devido ao portador de deficiência (§2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, com a redação dada pela Lei nº 12.470/2011) ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais (artigo 34 da Lei nº 10.741/2003) que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, nos termos dos artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

2 - Os honorários de advogado devem ser mantidos em 10% sobre o valor da condenação, consoante entendimento desta Turma e artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

3 - Agravo legal improvido.

(Agravo legal no processo n.º 2015.03.99.014451-4, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Paulo Domingues, DE 04/02/2016) (grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NOS TERMOS DA SÚMULA 111/STJ.

1. Os honorários advocatícios, nas lides previdenciárias, devem incidir sobre as prestações vencidas até a data da prolação da sentença, entendida esta, em interpretação restritiva,

como ato emanado do juiz de primeiro grau, nos termos do artigo 162, § 1º, do CPC. Inteligência da Súmula 111 do STJ.

2. Agravo a que se nega provimento.

(Agravo legal no processo n.º 2015.03.99.009126-1, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Fausto de Santctis, DE 10/03/2016) (grifos nossos)

Ante o exposto, *dou provimento à apelação da parte autora*, para reconhecer também os períodos de 09/03/1962 a 19/03/1962, 01/04/1962 a 30/06/1962, 01/11/1962 a 31/05/1967, 01/06/1967 a 28/07/1969, 01/08/1969 a 14/09/1972, 15/09/1972 a 14/01/1974, 15/01/1974 a 12/05/1975, 18/06/1975 a 16/02/1976, 02/03/1977 a 02/05/1978, 01/06/1978 a 12/12/1982 e 03/11/1983 a 28/03/1988, e para condenar a Autarquia no pagamento da verba honorária de sucumbência, fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, e *dou parcial provimento à remessa necessária e à apelação do INSS*, a fim de estabelecer que a correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada pelos índices de variação do IPCA-E, e que os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, serão fixados de acordo com o mesmo Manual, mantendo, no mais, a r. sentença de 1º grau.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA

0014208-42.2015.4.03.0000

Reconvinte: NILDO CARLOS FILO

Reconvindo: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/04/2020

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO: AÇÃO RESCISÓRIA. RECONVENÇÃO. TEMPESTIVIDADE. DA PRELIMINAR SUSCITADA PELO INSS. REJEIÇÃO. VIOLAÇÃO À DISPOSITIVO LEGAL. ARTIGO 485, V, DO CPC/73. NÃO CONFIGURAÇÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DECORRENTE DE TRANSFORMAÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. REVISÃO DA RMI. ART. 29, II E § 5º, DA LEI 8.213/91 ALTERADO PELA LEI 9.876/99. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA APURAÇÃO DO VALOR INICIAL DOS BENEFÍCIOS. EXIGÊNCIA DE SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO INTERCALADOS COM PERÍODOS DE AFASTAMENTO POR INCAPACIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA E RECONVENÇÃO IMPROCEDENTES.

1. Tendo a ação rescisória sido ajuizada na vigência do CPC/1973, ela deve ser apreciada em conformidade com as normas ali inscritas, consoante determina o artigo 14 da Lei nº 13.105/2015.

2. Observado o prazo decadencial previsto no artigo 495 do CPC/1973.

3. Consoante o disposto no artigo 485, “caput”, do CPC/73, a sentença de mérito poderá ser rescindida após o seu trânsito em julgado, configurando este, a certificação da data final em que a decisão recorrida não poderá mais sofrer qualquer reforma pela via de interposição de recursos pelas partes, e, a partir desta data, se dará a contagem do prazo decadencial de dois anos para propositura da ação rescisória, conforme o disposto no artigo 495, do mesmo diploma legal, independentemente das partes terem prazos diferentes para recorrer.

4. Como a reconvenção foi apresentada em 10/11/2015 e o último trânsito em julgado da sentença rescindenda se deu 11/12/2013 (Id 90063367 - pg. 204) e não em 08/10/2013, como afirmado pelo requerente, forçoso concluir pelo não decurso do prazo bienal.

5. A violação à norma jurídica precisa ser manifesta, ou seja, evidente, clara e não depender de prova a ser produzida no bojo da rescisória. Caberá rescisória quando a decisão rescindenda conferir uma interpretação sem qualquer razoabilidade a texto normativo. Nessa linha, a Súmula 343 do STF estabelece que “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. No entanto, o STF e o STJ têm admitido rescisórias para desconstituir decisões contrárias ao entendimento pacificado posteriormente pelo STF, afastando a incidência da Súmula.

6. Para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

7. No caso dos autos, o exame realizado pelo perito oficial em 27/05/2010, constatou que a parte autora, serviços gerais, idade de 55 anos, está incapacitada de forma total

e permanente para o exercício de sua atividade laboral (serviços gerais de fazenda), como se vê do laudo constante do *ID 90063366* pgs. 124 e ss.

8. Ainda que, o *expert* tenha afirmado que o início da incapacidade se deu no ano de 1989, é certo que, mesmo incapacitado, retornou ao trabalho e continuou exercendo o labor de serviços gerais que sempre exerceu, até a data de seu definitivo afastamento, em razão do agravamento do seu estado de saúde. Tal fato apenas denota que o segurado retornou ao trabalho mesmo diante da possibilidade de agravamento da situação incapacitante, sacrificando sua própria integridade física por ser esta a única maneira de prover o próprio sustento

9. O juízo não está adstrito ao laudo pericial com lentes no princípio do livre convencimento motivado e o disposto no artigo 436 do CPC/73 e artigo 479 do CPC/2015.

10. Ademais, estivesse a parte autora, antes do seu ingresso no regime, realmente incapacitada para o trabalho, como alega o INSS, este não teria concedido auxílio-doença no período de 25/08/2003 a 06/03/2008, conforme se vê do seu extrato CNIS (*ID 90063273* - pgs. 278/281). E mais. Ao cessar referido benefício, o fez sob o fundamento de inexistência de incapacidade laborativa (*ID 90063365*, pg. 22). Logo, embora tenha estimado a data de início da incapacidade em 1989, é certo que o autor efetivamente continuou trabalhando como forma de garantir sua própria subsistência.

11. No caso, a pretensão do INSS não comporta acolhida, pois a sentença rescindenda conferiu à legislação aplicável à situação dos autos uma interpretação plausível, adotando um dos entendimentos jurisprudenciais existentes sobre o tema, de modo que o pedido de desconstituição do julgado encontra óbice na Súmula 343, do E. STF. Correto ou não, o julgado rescindendo valorou a conjunto probatório, inclusive a prova técnica, e, com base no seu livre convencimento, de forma motivada, adotou uma solução jurídica, dentre outras, admissível.

12. Nesse cenário, não há que se falar em manifesta violação à norma jurídica citada na reconvenção pelo INSS, sendo certo que a discussão fática - ser a incapacidade preexistente ao seu reingresso no RGPS, ou posterior a tal data e decorrente de agravamento ou progressão de doença preexistente - não comporta enfrentamento em sede de rescisória, eis que, para tanto, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que é incompatível com a hipótese de rescindibilidade prevista no artigo 485, V, do CPC/1973.

13. Em julgamento de recurso especial sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 704), a Primeira Seção do Eg. Superior Tribunal Justiça definiu que a aposentadoria por invalidez, precedida de auxílio-doença e sem o retorno do segurado ao trabalho, deve ser calculada pelo valor da remuneração anterior ao início do recebimento do auxílio. Isso porque, como a aposentadoria foi resultante da transformação do benefício anterior, sem retorno do segurado às atividades, não houve salário de contribuição no período.

14. Quanto à forma de cálculo da aposentadoria por invalidez oriunda da conversão do auxílio-doença, a jurisprudência é uníssona em somente admitir o cômputo dos salários-de-benefício como salários-de-contribuição, nos termos do artigo 29, II, da Lei 8.231/91 se, no período básico de cálculo, houver contribuições intercaladas com os afastamentos ocorridos por motivo de incapacidade, o que, *in casu*, não ocorreu, disse.

15. Incabível, portanto, o recalculado do seu benefício com base nos maiores salários de contribuição, correspondente a oitenta por cento de todo o período contributivo, conforme estabelecido nos artigos 29, II e 44, ambos da Lei 8.213/91.

16. Ação rescisória e reconvenção improcedentes, condenando as partes ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do expendido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar arguida pelo INSS e julgar improcedentes a ação rescisória e a reconvenção oposta pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de ação rescisória ajuizada em 23.06.2015 (ID 90063273, pág. 4) em face de sentença de ID 90063273, págs. 14/18, cujo trânsito em julgado se deu em 11.12.2013 (ID 90063273, pág. 21).

A sentença rescindenda, de lavra da MM. Juíza de Direito MARIEL CAVALIN DOS SANTOS, julgou procedente o pedido e condenou o INSS a pagar ao requerente o benefício de aposentadoria por invalidez, no valor mensal de 1 (um) salário-mínimo, e todos os consectários legais, a contar de 06.03.2008 (data da cessação do auxílio-doença).

Inconformada, ingressou a autora com a presente ação rescisória, com base no inciso V do artigo 485 do CPC/73, ao fundamento de que, ao conceder a aposentadoria por invalidez no valor de 1 salário-mínimo mensal, a decisão rescindenda contrariou o disposto no artigo 44, *caput*, da Lei 8.213/91, que determina que o salário-de-benefício seja calculado com base na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% de todo período contributivo do segurado (art. 29, inciso II, da Lei 8.213/91).

Forte nisso, pede a desconstituição parcial do julgado, bem assim a concessão de tutela de urgência.

Foi apensada aos autos, cópia integral do processo subjacente.

A decisão de ID 90063273, pág. 35, postergou a análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela e concedeu a Justiça Gratuita.

Citado, o INSS ofereceu reconvenção, requerendo a rescisão do *decisum* com base no inciso V do artigo 485 do CPC/73. Alega violação aos artigos 8º, da Lei 3.807/60; 7º e 30, do Decreto 89.312/84; e 15, 42, *caput* e §2º, da Lei 8.213/91, “*porquanto deferiu benefício de aposentadoria por invalidez ao Reconvindo, mesmo ausentes sua condição de segurado quando do início da incapacidade, encontrando-se incapaz para o labor quando de sua nova filiação*” (ID 90063273, págs. 42/62). *Em síntese*, o INSS alega que parte autora já se encontrava incapaz para o labor quando da sua nova filiação ao Regime Geral da Previdência Social, de modo que a concessão da aposentadoria por invalidez não seria possível.

A autarquia previdenciária apresentou, ainda, contestação, alegando, preliminarmente, a carência da ação, por ausência de interesse processual, uma vez que o autor utiliza-se da ação rescisória como sucedâneo do recurso que deveria ter sido interposto no momento oportuno. No mérito, pleiteia a improcedência do pedido (ID 90063273, págs. 63/112).

Réplica oferecida em ID 90063273, págs. 115/117.

O autor Nildo apresentou, outrossim, contestação à reconvenção, em que alega, preliminarmente: 1) a ausência dos pressupostos da reconvenção, tendo em vista a falta de conexão entre esta e a ação principal; e 2) a ocorrência da decadência da reconvenção, que foi apresentada em 10.11.2015, enquanto a sentença em exame transitou em julgado em 08.10.2013. No mérito, sustenta a improcedência do pedido (ID 90063273, págs. 118/127).

Foi indeferida a antecipação dos efeitos da tutela (ID 90063273, págs. 129/131).

Razões finais oferecidas pela autora (ID 90063273, págs. 133/136), e pelo INSS (ID 90063273, págs. 138/148).

Aberta vista ao Ministério Público Federal, o *parquet* manifestou-se no sentido da ausência de hipótese de intervenção obrigatória daquele Órgão, nos termos do artigo 967, parágrafo único, c/c o artigo 178, ambos do CPC/2015 (ID 90063273, págs. 150/151).

É o relatório.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Por ter sido a presente ação ajuizada na vigência do CPC/1973, consigno que as situações jurídicas consolidadas e os atos processuais impugnados serão apreciados em conformidade com as normas ali inscritas, consoante determina o artigo 14 da Lei nº 13.105/2015.

Friso que segundo a jurisprudência da C. 3ª Seção desta Corte, na análise da ação rescisória, aplica-se a legislação vigente à época em que ocorreu o trânsito em julgado da sentença rescindenda.

E diferentemente não poderia ser, pois, como o direito à rescisão surge com o trânsito em julgado, na análise da rescisória deve-se considerar o ordenamento jurídico então vigente.

DA OBSERVÂNCIA DO PRAZO DECADENCIAL

A sentença rescindenda transitou em julgado em 11/12/2013 (ID 90063367 - pg. 204) e a presente ação foi ajuizada em 23/06/2015, ou seja, dentro do prazo previsto no artigo 495 do CPC/1973.

O mesmo pode ser dito quanto à reconvenção, apresentada em 10/11/2015, sendo de rigor afastar a alegação de decadência arguida pela parte autora.

Destaco, por oportuno, que, consoante o disposto no artigo 485, “caput”, do CPC/73, a sentença de mérito poderá ser rescindida após o seu trânsito em julgado, configurando este, a certificação da data final em que a decisão recorrida não poderá mais sofrer qualquer reforma pela via de interposição de recursos pelas partes, e, a partir desta data, se dará a contagem do prazo decadencial de dois anos para propositura da ação rescisória, conforme o disposto no artigo 495, do mesmo diploma legal, independentemente das partes terem prazos diferentes para recorrer.

Neste sentido, é o escólio de Theothônio Negrão, *in* CPC comentado, 40ª ed., pág. 645:

Art. 495:9. Trânsito em julgado da sentença ou acórdão, em momentos distintos para cada uma das partes.

Uma sentença pode transitar para as partes em diferentes momentos. Isto pode ocorrer, p. ex., nas ações em que é parte a Fazenda Pública, com prazo em dobro para recorrer, e um

particular, com prazo simples, ou, também, se as partes foram intimadas da sentença em datas diferentes. Nestas hipóteses, o prazo para propositura da ação rescisória se conta da data do último trânsito em julgado da decisão rescindenda, ainda que o trânsito em julgado da sentença ou acórdão tenha ocorrido antes para o autor da ação rescisória. Assim: “O trânsito em julgado da decisão ocorre quando não é mais passível de qualquer recurso. Se uma das partes possui o privilégio de prazo em dobro, tão-somente após o escoamento deste é que se poderá falar em coisa julgada, ocasião em que começará a fluir o prazo para ambas as partes pleitearem a rescisão do julgamento”.

(STJ-RF 376/273: 1ª T., Resp 551.812)

Dentro desse contexto, como a reconvenção foi apresentada em 10/11/2015 e o último trânsito em julgado da sentença rescindenda se deu 11/12/2013 (Id 90063367 - pg. 204) e não em 08/10/2013, como afirmado pelo requerente, forçoso concluir pelo não decurso do prazo bienal.

DA PRELIMINAR SUSCITADA PELO INSS

Defende a autarquia que o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, eis que a parte autora pretende, apenas, a rediscussão do quadro fático-probatório do feito subjacente, o que caracterizaria a sua falta de interesse de agir.

A preliminar não merece acolhimento.

Sucede que se o autor realmente pretende apenas rediscutir o cenário fático-probatório do feito subjacente, tal circunstância enseja a improcedência do pedido de rescisão do julgado, por não se configurar uma das hipóteses legais de rescindibilidade, e não falta de interesse de agir.

Por tais razões, rejeito a preliminar suscitada pelo INSS .

DA SENTENÇA RESCINDENDA E DA PRETENSÃO RESCISÓRIA

A sentença rescindenda, da lavra da MM. Juíza de Direito Mariel Cavalin dos Santos, está assim vazada:

Trata-se de ação de aposentadoria por invalidez proposta por Nildo Carlos Filó em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS/MS, objetivando o recebimento do benefício previdenciário por invalidez.

Não havendo preliminares a analisar, passo ao exame do mérito.

Quanto ao mérito, o pedido inicial desta ação é procedente, senão vejamos. (...)

Pois bem, há que se verificar se o requerente preenche os requisitos quanto a aposentadoria por invalidez e, neste sentido, extrai-se dos documentos acostados aos autos, mormente as fls. 52/54, que o requerente exerceu suas atividades laborativas urbanas por muito tempo. E, nem se olvide que o requerido concedeu ao requerente o auxílio-doença previdenciário.

Quanto à indigitada incapacidade total e permanente, há que se destacar que restou demonstrada consoante atestado no laudo pericial, de modo que lhe assiste o direito de ser aposentado por invalidez, senão vejamos:

No laudo de exame pericial de fls. 118/130, o Sr. Perito anotou que o requerente apresenta a doença: 1 - Fratura de tibia (S-82.2); 2 – Fratura de Fíbula (S-82.6); 3 – Traumatismos de músculos e tendões da perna esquerda (S-86). Quesitos do autor: 04) O periciado ficou incapacitado para o trabalho? Pode-se cogitar a partir de quando e por quanto tempo?

Sim, prejudicado (teve períodos que voltou a trabalhar e parou, esteve durante 04 (quatro) anos afastado pelo INSS e há 02 (dois) anos está sem laborar. 06) A lesão e/ou perturbação funcional sofrida pelo periciado ocasiona a incapacidade total e definitiva para o trabalho?

Sim. 08) Essa perda ou redução da capacidade laborativa do periciado é temporária ou permanente? Permanente. Quesitos do juízo: 04) O periciado se encontra incapacitado para o

trabalho e atividade que provem o sustento? A incapacidade se mostra ser parcial ou total? A data provável do início da incapacidade? Seria a incapacidade permanente ou temporária, e neste caso por quanto tempo? R – Sim; total; prejudicado; permanente; 05) A doença e/ou perturbação que o periciado apresenta é irreversível? Poderá ser curada ou controlada através de algum tratamento médico ou cirúrgico? Qual? Sim, não. 06) Está o periciado total e permanentemente incapaz de desempenhar sua ou qualquer outra atividade que lhe garanta o sustento? Sim. Quesitos do requerido: 13 – A incapacidade laborativa da Parte Autora é considerada absoluta ou parcial? Absoluta; 14 – A incapacidade laborativa do(a) autor(a) é de natureza permanente ou temporária? Há chance de reabilitação profissional? Permanente, não. 19- No caso de incapacidade permanente para o trabalho, é recomendada a aposentadoria por invalidez (incapacidade total e definitiva para o exercício de toda e qualquer atividade laborativa)? Sim. Assim, sendo o laudo médico pericial há que se constatar que o Sr. Expert concluiu pela incapacidade total e permanente do requerente.

Conquanto o julgador não esteja totalmente adstrito ao laudo pericial, dele se vale juntamente com as demais provas existentes nos autos, por se tratarem de provas idôneas, capazes de corroborar o alegado no pedido na inicial.

Assim é que, quer pelas principais moléstias que sofre (fratura de tíbia, fratura de fíbula e traumatismos de músculos e tendões da perna esquerda), quer pelo mercado de trabalho para uma pessoa que conta atualmente com 57 anos de idade, tenho que o requerente encontra-se total e permanentemente incapacitado para qualquer atividade laborativa, fazendo, assim, jus a aposentadoria por invalidez, nos termos do artigo 42, da Lei nº 8.213/91, supratranscrito. Some-se à referida situação, a qualificação profissional do requerente durante toda sua vida laboral, a qual se extrai dos documentos juntados que trata-se de pessoa que necessita para o desempenho das funções que ao longo da vida aprendeu, de uso de força física manual: serviços gerais.

Ademais, analisando as condições físicas e sócio-econômicas do requerente, associadas à idade considerável, verifica-se que estas inviabilizam a reabilitação para o exercício de outra atividade profissional, inclusive como mencionou o perito médico (quesito n.º 05-b, pág. 124). No caso em tela, as provas colhidas demonstraram que o requerente, não possui condições de exercer qualquer atividade profissional, tendo em vista que trata-se de pessoa com saúde muito frágil, o que foi corroborado também pela perícia judicial, portanto, há que se julgar procedente o pedido, com a concessão da aposentadoria por invalidez ao requerente, diante da comprovação da incapacidade total do requerente.

Diante do exposto e, por tudo mais que dos autos consta, julgo PROCEDENTE o pedido inicial desta ação de aposentadoria por invalidez proposta por Nildo Carlos Filó, já qualificado, em face do Instituto Nacional do Seguro Social para, com fundamento no disposto no artigo 42 caput, da Lei nº 8.213/97, condenar o requerido à pagar ao requerente o benefício de Aposentadoria por Invalidez, no valor mensal de 01 (um) salário mínimo e todos os consectários legais, a contar da data da cessação do auxílio doença (06/03/2008), bem como devendo as prestações vencidas nesse período serem adimplidas de uma só vez, corrigidas monetariamente, nos termos da Súmula nº 148 do e. Superior Tribunal de Justiça e Súmula nº 8 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, combinadas com o artigo 454 do provimento nº 64, de 28 de abril de 2005, da e. Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª região e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, consoante artigo 406 do Código Civil e artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional, bem como considero-as de caráter alimentar.

Agora, presentes os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, antecipo os efeitos da tutela ora concedida. Oficie-se, pois, para que se proceda a imediata implantação do benefício.

Condeno o requerido, por fim, ao pagamento das custas e honorários advocatícios ao patrono do requerente que, diante da natureza da causa, o tempo despendido e o zelo do profissional, fixo em 10 % (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas, devendo ser excluídas do

montante as prestações vincendas (Súmula 111 do STJ), até a data da presente. Declaro, pois, extinto o processo, com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil.

A parte autora pretende a rescisão parcial da sentença proferida nos autos da Ação nº 0001329-87.2008.812.0024, tendo por base a alegação de violação à disposição legal, nos termos do artigo 485, inciso V, do CPC/73, com relação à renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez.

Nessa esteira, sustenta possuir recolhimentos em valor superior ao salário mínimo, os quais deveriam ter sido considerados no cálculo do seu benefício, equivocadamente fixado em 01 salário mínimo, em inobservância do disposto nos artigos 29, II e 44, ambos da Lei 8.213/91.

Por sua vez, a autarquia apresentou reconvenção, alegando violação manifesta à disposição legal, nos termos do artigo 485, inciso V, do CPC/73, ao argumento de que a r. decisão rescindenda, ao condenar a autarquia no pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez, o fez sem considerar que o Reconvindo não detinha qualidade de segurado quando do início de sua incapacidade, bem como pelo fato de se tratar de doença preexistente ao seu reingresso no Regime Geral de Previdência Social.

DA RECONVENÇÃO

Diz a autarquia que o Reconvindo não detinha condição de segurado quando do início de sua incapacidade, tratando-se de doença preexistente à sua nova filiação ao Regime Geral de Previdência Social.

A autarquia alega que o Autor filiou-se ao Regime Geral de Previdência Social na condição de empregado nos períodos de 19.11.75 a 14.04.76, 01.01.87 a 30.10.87 e de 09.06.93 a 20.11.94, efetuando o recolhimento das contribuições no período de 01.02.03 a 31.07.03.

Alega que o Autor perdeu sua condição de segurado em 01.12.88, recuperando-a em 09.06.93, para novamente perdê-la em 15.01.96, recuperando-a, uma vez mais, em 01.02.03.

Por sua vez, argumenta que a prova pericial, inclusive com base nas informações prestadas pelo próprio Autor, fixou a data de início da incapacidade laborativa no ano de 1989.

Sustenta, assim, que, por ocasião do início de sua incapacidade laborativa, o Autor não detinha mais a condição de segurado e que já se encontrava incapaz para o trabalho quando de seu reingresso no Regime Geral de Previdência Social, não havendo que se falar, assim, em agravamento do mal.

Por fim, argumenta que a doença preexistente ao reingresso do segurado no sistema de previdência social, constitui óbice à concessão do benefício vindicado nos termos do disposto no § 2º, do artigo 42, da Lei 8.213/91.

Por questão de técnica processual, ingresso na análise conjunta da rescisória e da reconvenção.

DO JUÍZO RESCINDENTE - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 8º, DA LEI 3.807/60. ARTIGO 30 DO DECRETO 89.312/84. ARTIGOS 15, 29, II, 42, CAPUT, §2º E 44 TODOS DA LEI 8.213/91.

Prevê o art. 485, inciso V, do CPC/73, que “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] violar literal disposição de lei”.

A melhor exegese de referido dispositivo revela que “O vocábulo ‘literal’ inserto no inciso V do artigo 485 revela a exigência de que a afronta deve ser tamanha que contrarie a lei em sua literalidade. Já quando o texto legal dá ensejo a mais de uma exegese, não é possível desconstituir o julgado proferido à luz de qualquer das interpretações plausíveis” (SOUZA, Bernardo Pimentel.

Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. Brasília: Brasília Jurídica. 2000. P. 380/381).

A violação à norma jurídica precisa, portanto, ser manifesta, ou seja, evidente, clara e não depender de prova a ser produzida no bojo da rescisória. Caberá rescisória quando a decisão rescindenda conferir uma interpretação sem qualquer razoabilidade a texto normativo. Nessa linha, a Súmula 343 do STF estabelece que “*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”.

No entanto, o STF e o STJ têm admitido rescisórias para desconstituir decisões contrárias ao entendimento pacificado posteriormente pelo STF, afastando a incidência da Súmula.

No caso, a autarquia reconvinte alega que a decisão rescindenda teria violado o disposto no artigo ao artigo 8º, da Lei 3.807/60; artigo 30 do Decreto 89.312/84; artigos 15 e 42, *caput*, §2º, ambos da Lei 8.213/91. Por sua vez, o requerente sustenta a ocorrência de violação aos artigos 29, II e 44, ambos da Lei 8.213/91. Vejamos.

Os *benefícios por incapacidade*, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (artigo 25, inciso I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de *aposentadoria por invalidez* (artigo 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de *auxílio-doença* (artigo 59).

No tocante ao auxílio-doença, especificamente, vale destacar que se trata de um benefício provisório, que cessa com o término da incapacidade, no caso de ser temporária, ou com a reabilitação do segurado para outra atividade que lhe garanta a subsistência, se a incapacidade for definitiva para a atividade habitual, podendo, ainda, ser convertido em aposentadoria por invalidez, caso o segurado venha a ser considerado insusceptível de reabilitação.

Em relação à carência, nos termos do artigo 26, inciso II, da Lei nº 8.213/91, dela está dispensado o requerente nos casos em que a incapacidade é decorrente de acidente de qualquer natureza ou causa, de doença profissional ou do trabalho, ou ainda das doenças e afecções elencadas no artigo 151 da mesma lei.

Como se vê, para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

No caso dos autos, o exame realizado pelo perito oficial em 27/05/2010, constatou que a parte autora, serviços gerais, idade de 55 anos, está incapacitada de forma total e permanente para o exercício de sua atividade laboral (serviços gerais de fazenda), como se vê do laudo constante do ID 90063366 pgs. 124 e ss.

O INSS alega que o segurado perdeu a condição de segurado em 01/12/88, recuperando-a em 09/06/93, para novamente perdê-la em 15/01/96, recuperando-a em 01/02/2003, quando já estava incapaz.

Todavia, sem razão o INSS.

Em primeiro lugar, porque, ainda que, o *expert* tenha afirmado que o início da incapacidade se deu no ano de 1989, é certo que, mesmo incapacitado, retornou ao trabalho e continuou exercendo o labor de serviços gerais que sempre exerceu, até a data de seu definitivo afastamento, em razão do agravamento do seu estado de saúde .

Tal fato apenas denota que o segurado retornou ao trabalho mesmo diante da possibilidade de agravamento da situação incapacitante, sacrificando sua própria integridade física por ser esta a única maneira de prover o próprio sustento

Dentro desse contexto, importa dizer que o juízo não está adstrito ao laudo pericial com lentes no princípio do livre convencimento motivado e o disposto no artigo 436 do CPC/73 e artigo 479 do CPC/2015.

Ademais, estivesse a parte autora, antes do seu ingresso no regime, realmente incapacitada para o trabalho, como alega o INSS, este não teria concedido auxílio-doença no período de 25/08/2003 a 06/03/2008, conforme se vê do seu extrato CNIS (ID 90063273 - pgs. 278/281). E mais. Ao cessar referido benefício, o fez sob o fundamento de inexistência de incapacidade laborativa (ID 90063365, pg. 22).

Logo, embora tenha estimado a data de início da incapacidade em 1989, é certo que o autor efetivamente continuou trabalhando como forma de garantir sua própria subsistência.

No caso, a pretensão do INSS não comporta acolhida, pois a sentença rescindenda conferiu à legislação aplicável à situação dos autos uma interpretação plausível, adotando um dos entendimentos jurisprudenciais existentes sobre o tema, de modo que o pedido de desconstituição do julgado encontra óbice na Súmula 343, do E. STF.

Correto ou não, o julgado rescindendo valorou a conjunto probatório, inclusive a prova técnica, e, com base no seu livre convencimento, de forma motivada, adotou uma solução jurídica, dentre outras, admissível.

Nesse cenário, não há que se falar em manifesta violação à norma jurídica citada na reconvenção pelo INSS, sendo certo que a discussão fática - ser a incapacidade preexistente ao seu reingresso no RGPS, ou posterior a tal data e decorrente de agravamento ou progressão de doença preexistente - não comporta enfrentamento em sede de rescisória, eis que, para tanto, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que é incompatível com a hipótese de rescindibilidade prevista no artigo 485, V, do CPC/1973.

Por conseguinte, afigura-se incabível a rescisão do julgado com base nas alegações da autarquia previdenciária, sendo de rigor a improcedência da reconvenção.

No que tange à alegação de que a sentença rescindenda violou manifestamente norma jurídica, ao fixar a renda mensal do benefício de aposentadoria por invalidez em um salário mínimo, desconsiderando os recolhimentos previdenciários efetuados, em inobservância dos artigos 29, II e 44, ambos da Lei 8.213/91, sem razão a parte autora.

Em julgamento de recurso especial sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 704), a Primeira Seção do Eg. Superior Tribunal Justiça definiu que a aposentadoria por invalidez, precedida de auxílio-doença e sem o retorno do segurado ao trabalho, deve ser calculada pelo valor da remuneração anterior ao início do recebimento do auxílio.

Isso porque, como a aposentadoria foi resultante da transformação do benefício anterior, sem retorno do segurado às atividades, não houve salário de contribuição no período.

Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DECORRENTE DE TRANSFORMAÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. REVISÃO DA RMI. ART. 29, II E § 5º, DA LEI 8.213/91 ALTERADO PELA LEI 9.876/99. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA APURAÇÃO DO VALOR INICIAL DOS BENEFÍCIOS. EXIGÊNCIA DE SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO INTERCALADOS COM PERÍODOS DE AFASTAMENTO POR INCAPACIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal são unânimes em reconhecer a legalidade da apuração da renda mensal inicial - RMI dos benefícios de aposentadoria por invalidez oriundos de auxílio-doença.

2. Nos termos do disposto nos arts. 29, II e § 5º, e 55, II, da Lei 8.213/91, o cômputo dos salários-de-benefício como salários-de-contribuição somente será admissível se, no período básico de cálculo - PBC, houver afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária.

3. A aposentadoria por invalidez decorrente da conversão de auxílio-doença, sem retorno do segurado ao trabalho, será apurada na forma estabelecida no art. 36, § 7º, do Decreto 3.048/99, segundo o qual a renda mensal inicial - RMI da aposentadoria por invalidez oriunda de transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

(REsp 1410433/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 18/12/2013)

Nessa esteira, quanto à forma de cálculo da aposentadoria por invalidez oriunda da conversão do auxílio-doença, a jurisprudência é uníssona em somente admitir o cômputo dos salários-de-benefício como salários-de-contribuição, nos termos do artigo 29, II, da Lei 8.231/91 se, no período básico de cálculo, houver contribuições intercaladas com os afastamentos ocorridos por motivo de incapacidade, o que, *in casu*, não ocorreu, disse.

Nos casos decorrentes da conversão de auxílio-doença, sem retorno do segurado ao trabalho, será apurada na forma estabelecida no artigo 36, §7º, do Decreto 3.048/99, segundo o qual a RMI da aposentadoria por invalidez, oriunda de transformação de auxílio-doença, será de cem por cento do salário de benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

O entendimento foi cristalizado no enunciado nº 557 da Súmula do Eg. STJ, *verbis*:

A renda mensal inicial (RMI) alusiva ao benefício de aposentadoria por invalidez precedido de auxílio-doença será apurada na forma do art. 36, § 7º, do Decreto n. 3.048/1999, observando-se, porém, os critérios previstos no art. 29, § 5º, da Lei n. 8.213/1991, quando intercalados períodos de afastamento e de atividade laboral.

Incabível, portanto, o recalculado do seu benefício com base nos maiores salários de contribuição, correspondente a oitenta por cento de todo o período contributivo, conforme estabelecido nos artigos 29, II e 44, ambos da Lei 8.213/91.

Vencida a parte autora, condeno-a ao pagamento da verba honorária, fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos da jurisprudência desta C. Seção, devendo ser observado o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC/2015, por se tratar de beneficiária justiça gratuita.

Vencido o INSS, no que tange à reconvenção, condeno a autarquia ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos da jurisprudência desta C. Seção.

Ante o exposto, rejeito a preliminar arguida pelo INSS e julgo improcedentes a ação rescisória e a reconvenção oposta pelo INSS, condenando as partes ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do expendido.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA

5002245-78.2017.4.03.0000

Autora: LUZIA RIBEIRO DA SILVA

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/04/2020

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA. RECONHECIMENTO. APOSENTADORIA POR IDADE. CONTRIBUIÇÕES PAGAS A DESTEMPO, AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE.

I - Verifico pela análise dos documentos e pela análise das alegações da parte autora, que esta depois de pagar em dia as contribuições referentes às competências de julho de 2005 (a primeira contribuição) a janeiro de 2006, verteu contribuições posteriores com atrasos inferiores a 30 dias, até o mês de julho de 2007.

II - A partir do mês de julho de 2007 até janeiro de 2008, a parte autora esteve em gozo de auxílio doença, período em que manteve a qualidade de segurada, à luz do artigo 15, inciso I, da Lei 8213/91:

III - Nos termos do artigo 29, § 5º, da Lei 8.213/91, os 8 (oito) meses em que a autora permaneceu em gozo de auxílio doença devem ser computados no período de carência:

IV - Não obstante a contribuição do referido mês tenha sido paga a destempo, a autora não havia perdido a qualidade de segurada, como demonstrado acima.

V - Sendo assim, não se exige nova primeira contribuição recolhida tempestivamente para que seja atendido os ditames do citado artigo 27 da lei previdenciária. Não tendo a autora perdido a qualidade de segurada, não há que se exigir nova primeira contribuição sem atraso.

VI - Os atrasos em questão não ultrapassaram 30 (trinta) dias, com o que tais atrasos não impedem o cômputo das contribuições para fins de carência, a teor do artigo 27, inciso II, da Lei 8.213/91.

VII - Decorre da inteligência do art. 27, II, da Lei n. 8.213/1991, que não são consideradas, para fins de cômputo do período de carência, as contribuições recolhidas com atraso, referentes a competências anteriores à data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso.

VIII - O recolhimento, com atraso, de contribuições referentes a competências posteriores ao efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso (início do período de carência), e quando concomitantemente não haja a perda da condição de segurado, impede que se incida a vedação contida no art. 27, II, da Lei n. 8.213/1991.

IX - É decorrência lógica e expressa da norma jurídica em questão, quando estabeleceu como marco a primeira contribuição paga tempestivamente, que não se impede o cômputo das contribuições posteriores pagas com atraso, mas antes da perda da condição de segurado, sejam estas contribuições pagas com atraso, utilizadas na contagem para fins de carência.

X - E como o acórdão que se pretende desconstituir entendeu de maneira contrária ao texto do inciso II, do artigo 27 da Lei nº 8.213/1991, como se vê inclusive da atual juris-

prudência do superior tribunal de justiça, abaixo transcrita, é de se rescindir o julgado XI - Como o acórdão rescindendo desconsiderou indistintamente todas as contribuições pagas em atraso pela parte autora, resta evidente a violação ao artigo 27, inciso II, da lei previdenciária.

XII - Em juízo rescisório, a decisão ora atacada merece ser desconstituída para reconhecer os recolhimentos relativos às competências de fevereiro a outubro de 2006, fevereiro, março, abril e julho de 2007, abril de 2008 a julho de 2009 e outubro e novembro de 2009, para efeito de carência, e conceder a aposentadoria por idade, a partir da data do requerimento administrativo, ou seja, desde 16/10/2009.

XIII - Como se observa da cristalina redação do § 3º, presente expressa previsão para que os trabalhadores, que migraram de categoria, possam se valer do mister rural, para fins de obtenção de aposentadoria por idade, unicamente tendo sido estatuído patamar etário mais elevado, pois quando o labor campesino é puro, o legislador firmou critério mais brando, como visto no § 1º.

XIV - Neste passo, quanto à comprovação da condição de segurado, nos termos do artigo 55, § 3º da Lei 8.213/91 e de acordo com a jurisprudência consubstanciada na súmula 149 do superior tribunal de justiça, é possível a comprovação do trabalho rural mediante a apresentação de início de prova documental complementada por prova testemunhal:

XV - As contribuições vertidas, portanto, referentes às competências de abril de 2008 a março de 2010, ainda que pagas algumas com pequeno atraso, devem ser todas consideradas, já que não houve a quebra de continuidade e nem a perda da qualidade de segurada.

XVI - Ação rescisória julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente a ação rescisória e, no juízo rescisório, julgar procedente a ação subjacente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por LUZIA RIBEIRO DA SILVA em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fulcro no art. 966, inciso V, do Código de Processo Civil, objetivando desconstituir a decisão monocrática, da lavra da MM. Juíza Federal Convocada Raquel Perrini, que deu provimento à apelação do INSS e reformou a sentença que concedera à autora o benefício de aposentadoria por idade, a partir do requerimento administrativo, nos autos da ação previdenciária nº 0012409.47.2009.403.6119, que tramitou perante a 2ª Vara da Justiça Federal de Guarulhos -SP.

Inconformada, a parte autora interpôs agravo contra a decisão monocrática que reformara a decisão de 1ª instância, que restou confirmada pela 8ª Turma, na relatoria da Desembargadora Federal Terezinha Cazerta.

A ação subjacente transitou em julgado em 13/12/2016, ID-792140, pág. 1/6.

Intimado, o INSS apresentou contestação, ID-668182.

Intimadas, as partes não requereram produção de provas.

Manifestou-se o MPF pela procedência da ação rescisória, ID-40617065

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por LUZIA RIBEIRO DA SILVA em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fulcro no art. 966, inciso V, do Código de Processo Civil, objetivando desconstituir a decisão monocrática, da lavra da MM. Juíza Federal Convocada Raquel Perrini, confirmada pela 8ª Turma, na relatoria da Desembargadora Federal Terezinha Cazerta, no julgamento da ação previdenciária nº 0012409.47.2009.403.6119, que tramitou perante a 2ª Vara da Justiça Federal de Guarulhos -SP, visando a concessão de aposentadoria por idade, que fora concedida pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Guarulhos quando julgou procedente a ação, condenando o INSS a conceder à autora o benefício de aposentadoria por idade, a partir do requerimento administrativo.

A E. Des. Federal Terezinha Cazerta acolheu os embargos de declaração da parte autora, porém restou vencida pelo voto da E. Des. Federal Tânia Marangoni, ID-792108. Dessa decisão foram opostos embargos infringentes, que não foram conhecidos, ID-792138.

A parte autora fundamenta seu pedido rescisório no inciso V, do artigo 966 do CPC, alegando que a decisão ora rescindenda violou manifestamente a norma jurídica, *quanto ao não aproveitamento, para fins de obtenção do benefício pretendido, de 29 contribuições referentes aos meses abaixo e todas as demais que sucederam os respectivos pagamentos:*

A) fevereiro a outubro de 2006,

B) fevereiro, março, abril, e julho de 2007, abril de 2008 a julho de 2009 e outubro e novembro de 2009,

Aduziu a parte Autora que efetuou o recolhimento da contribuição previdenciária no período de fevereiro a outubro de 2006, fevereiro, março, abril e julho de 2007, abril de 2008 a julho de 2009 e outubro e novembro de 2009, sendo que foram vertidos posteriormente ao 15º dia do mês seguinte ao das respectivas competências, logo, devem ser aproveitadas para fins de obtenção do benefício pretendido os respectivos recolhimentos bem como todos os demais que sucederam os pagamentos mencionados, *de acordo com o próprio artigo 27, inciso II, da Lei nº 8.213/91, senão vejamos:*

Dispõe o artigo do artigo 27, inciso I da lei 8213/91:

Art. 27. Para cômputo do período de carência, serão consideradas as contribuições:

I - referentes ao período a partir da data da filiação ao Regime Geral de Previdência Social, no caso dos segurados empregados e trabalhadores avulsos referidos nos incisos I e VI do art. 11;

II - realizadas a contar da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a

competências anteriores, no caso dos segurados empregado doméstico, contribuinte individual, especial e facultativo, referidos, respectivamente, nos incisos II, V e VII do art. 11 e no art. 13. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

Assevera a parte Autora que o extrato CNIS, atesta recolhimentos previdenciários efetuados da seguinte maneira (doc. 12):

COMPETENCIA	DATA DE PAGAMENTO
07/2005	29/07/2005 (PRIMEIRA PAGO EM DIA)
08/2005	29/08/2005
09/2005	30/09/2005
10/2005	28/10/2005
11/2005	29/11/2005
12/2005	28/12/2005
02/2006	29/03/2006 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
03/2006	02/05/2006 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
04/2006	30/06/2006 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
05/2006	30/06/2006 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
06/2006	28/07/2006 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
07/2006	28/08/2006 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
08/2006	27/09/2009 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
09/2006	27/10/2006 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
10/2006	27/11/2006 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
11/2006	11/12/2006
12/2006	12/01/2007
01/2007	12/02/2007
02/2007	26/03/2007 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
03/2007	24/04/2007 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
04/2007	28/05/2007 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
05/2007	12/06/2007
06/2007	13/07/2007
07/2007	24/08/2007 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
04/2008	27/05/2008 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
05/2008	26/06/2008 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
06/2008	28/07/2008 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
07/2008	26/08/2008 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
08/2008	25/09/2008 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
09/2008	27/10/2008 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
10/2008	26/11/2008 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
11/2008	26/12/2008 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
12/2008	26/01/2008 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
01/2009	26/02/2009 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
02/2009	26/03/2009 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
03/2009	24/04/2009 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
04/2009	26/05/2009 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
05/2009	26/06/2009 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
06/2009	27/07/2009 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
07/2009	26/08/2009 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
08/2009	04/09/2009
09/2009	06/10/2009
10/2009	19/11/2009 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
11/2009	22/12/2009 (pago em atraso sem perda da qualidade de segurado)
12/2009	15/01/2010
01/2010	12/02/2010
02/2010	05/03/2010
03/2010	12/04/2010

Destaca a parte Autora que **NÃO HÁ O QUE SE FALAR EM PERDA QUALIDADE DE SEGURADO** no pagamento da competência de 04/2008, pois a Autora recebeu benefício previdenciário Auxílio-doença NB 570.588.487-3, no período de 27/06/2007 a 30/01/2008, pois devidamente comprovado que A PRIMEIRA CONTRIBUIÇÃO FOI REALIZADA 29/07/2005 (PRIMEIRA PAGO EM DIA) antes do 15º dia, sendo que somente a partir da contribuição previdenciária de 02/2006 foi paga em atraso, NO ENTANTO, SEM A PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADA.

Assevera ainda, que mesmo que a contribuição de 02/2006 tenha sido paga em atraso, a primeira contribuição no mês de competência de 07/2005, na vigência da lei 8.213/91 foi paga corretamente, devendo ser considerada para fins de carência, nos termos do artigo 27, inciso I da lei 8213/91.

E conclui: *assim sendo, é da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso que se inicia a contagem do período de carência quando se tratar de empregado doméstico, contribuinte individual, especial e facultativo, empresário e trabalhador autônomo.*

Com base nestes argumentos conclui a parte Autora que, portanto, considerando que a primeira contribuição de 07/2005 foi paga em dia, na data de 29/07/2005, assim, todos os recolhimentos previdenciários posteriores de fevereiro a outubro de 2006, fevereiro, março, abril e julho de 2007, abril de 2008 a julho de 2009 e outubro e novembro de 2009, devem ser computados, pois de acordo com o artigo 27, inciso II da Lei 8.213/91, para o cômputo do período de carência, serão consideradas as contribuições realizadas a contar da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, assim, considerando que a primeira foi pago em dia, as demais que por ventura tiverem sido pagas em atraso deverão ser consideradas para fins de carência, com o que entende que o julgado ora atacado violou manifestamente o artigo 27, inciso II, da Lei nº 8.213/91, ensejando o acolhimento do pedido rescisório, por manifesta violação à norma jurídica.

INTRODUÇÃO

Ação rescisória não é recurso e a via excepcional da ação rescisória não é cabível para mera reanálise de provas.

A lei não exige o esgotamento das vias recursais para a sua propositura ou o prequestionamento da matéria, mas, tão somente, a ocorrência do trânsito em julgado, conforme assentado na Súmula 514 do STF: *“Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos.”*

Nesse sentido, precedentes desta Terceira Seção:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO INTERNO DE ADELINO JOSÉ DOS SANTOS. DESAPOSENTAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

- A priori, é forte a jurisprudência no sentido de que providões judiciais condizentemente fundamentadas e sem máculas, tais como ilegalidade ou abuso de poder, não devem ser modificadas.

- As irresignações da parte agravante já foram adequadamente analisadas neste pleito, à luz da provisão judicial que rejeitou a matéria preliminar que arguiu e considerou improcedente o pedido formulado.

- A Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal não se aplica à espécie.

- Consoante Súmula 514 do mesmo Supremo Tribunal Federal, *desnecessário o esgotamento de todos recursos para aforamento de demanda rescisória.*

- Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª REGIÃO, Processo AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 9755 / SP 0004151-96.2014.4.03.0000, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS, Órgão Julgador TERCEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento 08/03/2018, Data da Publicação/Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/03/2018)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA. SUCEDÂNEO RECURSAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E ESTABILIZAÇÃO DA COISA JULGADA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA AÇÃO RESCISÓRIA. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS. EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES.

I. O julgador não está adstrito a examinar todas as questões suscitadas pelas partes, bastando

que decline fundamentos suficientes para lastrear sua decisão. Nesse sentido, dispõe o art. 489, § 1º, IV, do NCPC.

II. Pretende a embargante rediscutir matéria já decidida, com o nítido propósito de modificar o v. acórdão, o que denota o caráter infringente do recurso, não tendo guarida tal desiderato em sede de embargos declaratórios. Todavia, com o fim de espancar quaisquer dúvidas, esclareço as questões abordadas pelo recorrente nos declaratórios.

III. *Para o ajuizamento da ação rescisória não se exige o esgotamento de todos os meios recursais cabíveis, ante a inexistência de norma legal neste sentido, bastando, tão somente, a decisão de mérito transitada em julgado (arts. 485, caput, do CPC/73 e art. 966, caput, do NCPC). Aliás, nessa esteira, é o enunciado da Súmula nº 514/STJ.*

IV. É inerente à ação rescisória promover a desconstituição da coisa julgada material (*res iudicata*), formada com um dos “vícios” taxativamente elencados e, se necessário, proferir novo julgamento. Diante da expressa previsão legal e obedecido o rol do art. 485 do CPC/73, vigente ao tempo do ajuizamento da ação, não se pode cogitar em violação do princípio da segurança jurídica e ofensa à coisa julgada.

V. Não é factível estender aos demais Tribunais e situações, por analogia, o instituto da modulação dos efeitos previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99. Ademais, a modulação dos efeitos no interesse social e da segurança jurídica, ex vi do § 3º do art. 927 do NCPC, é dirigida exclusivamente aos Tribunais Superiores.

VI. Acolhidos os embargos declaratórios para os esclarecimentos, sem efeitos infringentes. (TRF 3ª REGIÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 7743 / SP 0035015-59.2010.4.03.0000, Relator (a) DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, Órgão Julgador SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento 01/08/2017, Data da Publicação/Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/08/2017).

Nas palavras de Pontes de Miranda (Tratado da Ação Rescisória/Pontes de Miranda; atualizado por Vilson Rodrigues Alves. - 2ª ed. - Campinas, SP: Bookseller, 2003), sobre a ação rescisória foi afirmado:

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 motivo de rescisão. (Sem razão, ainda no direito italiano, Francesco Carnelutti, Istituzioni, 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)

Essa definição se justifica exatamente para evitar o uso da rescisória como instrumento para reavaliação de provas ou realização de nova instrução probatória, que é exatamente a pretensão do autor.

Nesse sentido, *in verbis*:

AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DOLO DA PARTE VENCEDORA. RECONHECIMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE. REJULGAMENTO DO RECURSO. FRAUDE À EXECUÇÃO. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. PRESUNÇÃO RELATIVA À LUZ DO ART. 593, II, CPC. ÔNUS DA PROVA. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO NA AUSÊNCIA DE PROVA DA SOLVÊNCIA DO DEVEDOR. CORRETA APLICAÇÃO DO ART. 593, II, DO CPC.

1. A dicção do inciso VII do art. 485 do CPC induz a que o documento novo apto a aparelhar a ação rescisória há de ser preexistente à decisão rescindenda, mas ignorado pelo interessado ou impossível de obtenção para utilização no processo e capaz, por si só, de assegurar-lhe pronunciamento favorável.
2. Configura o dolo processual previsto no inciso III do art. 485 do CPC a violação voluntária pela parte vencedora do dever de veracidade previsto no art. 17, II, CPC, que induza o julgador a proferir decisão reconhecendo-lhe um falso direito.
3. A presunção de fraude estabelecida pelo inciso II do art. 593 do CPC beneficia o autor ou exequente, transferindo à parte contrária o ônus da prova da não ocorrência dos pressupostos caracterizadores da fraude de execução. Precedente da Segunda Seção: AR n. 3.307/SP.
4. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido a ausência de prova de solvência do executado que alienou bem imóvel após sua citação válida em processo executivo, correto o reconhecimento da fraude à execução.
5. Ação rescisória julgada procedente.
(AR 3.785/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/02/2014, DJe 10/03/2014).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, VII E IX, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A ENSEJAR A RESCISÃO.

1. A orientação desta Corte é pacífica no sentido de que “documento novo”, para o fim previsto no art. 485, VII, do CPC, é aquele que já existe quando da prolação da decisão rescindenda, cuja existência era ignorada ou dele não pode fazer uso o autor da rescisória, sendo que tal documento deve ser capaz, por si só, de lhe assegurar o pronunciamento favorável. No caso concreto, o alegado “documento novo” foi expedido após proferido o acórdão rescindendo, de modo que não é apto a ensejar a rescisão do julgado.
2. Admite-se ação rescisória “fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa” (art. 485, IX, do CPC). “Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente,

ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido” (§ 1º), sendo que “é indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato” (§ 2º).

Assim, não fica viabilizada a ação rescisória, fundada no art. 485, IX, do CPC, quando: 1) a comprovação do erro de fato efetue-se por meio de documento expedido após proferida a decisão rescindendo, ou seja, que não compôs o material fático-probatório da causa originária; 2) haver controvérsia e pronunciamento judicial sobre o fato.

3. Na hipótese, o suposto “erro de fato” baseia-se em documento que instruiu tão-somente a ação rescisória, ou seja, nem sequer existia quando proferido o acórdão rescindendo. Além disso, o acórdão rescindendo afirmou expressamente que “o órgão competente nacional (IBAMA) atestou a existência em águas marítimas nacionais de pescado similar ao salmão”. Assim, o suposto “erro de fato” não é apto a viabilizar a presente ação rescisória.

4. Ação rescisória improcedente.

(AR 3.868/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/02/2011, DJe 16/02/2011) ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA.

MILITAR. TAIFEIROS DA AERONÁUTICA. PROMOÇÃO ATÉ A GRADUAÇÃO DE SUBOFICIAL. PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. TEMAS ESTRANHOS À RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. FORMAÇÃO APÓS A PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO. NÃO-CABIMENTO PARA FINS DE RESCISÃO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. As discussões trazidas a julgamento relacionadas à ausência de prequestionamento e à divergência na interpretação de lei federal fogem ao campo temático da ação rescisória, cujas hipóteses de cabimento estão delineadas no art. 485 do CPC.

2. “Documento que não existia quando da prolação do decisum rescindendo não conduz à desconstituição do julgado. Realmente, tratando-se de documento cuja própria existência é nova, ou seja, posterior ao julgamento impugnado, não é possível a rescisão” (Bernardo Pimental Souza, Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 746).

3. Hipótese em que o documento novo em que se encontra fundada a presente rescisória – certidão emitida pelo Departamento de Ensino da Aeronáutica (DEPENS), que demonstraria a omissão da Aeronáutica em promover cursos necessários para que taifeiros progredissem até a graduação de Suboficial – foi formado em 23/4/03, ou seja, posteriormente à prolação do acórdão rescindendo, ocorrida em 23/4/02. Em consequência, não se mostra hábil a conduzir à rescisão do julgado.

4. Ademais, a não-configuração de ato omissivo da Aeronáutica não constituiu o elemento fático determinante para a prolação do acórdão rescindendo.

Daí a conclusão de que o documento novo ora apresentado também não poderia ensejar, por si só, a desconstituição do julgado, nos termos do art. 485, VII, do CPC.

5. Pedido julgado improcedente.

(AR 3.380/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 22/06/2009).

O objetivo da ação rescisória não é rescindir qualquer julgado, mas somente aquele que incida numa das específicas hipóteses previstas no artigo 966 do CPC, autorizando-se, a partir da rescisão e nos seus limites, a análise do mérito da pretensão posta na lide originária.

A presente ação está fundada no inciso V, do artigo 966 do CPC/2015 que trata da manifesta violação à norma jurídica.

MANIFESTA VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA – INC. V DO ART. 966 DO CPC/2015

A autora fundamenta o pedido de desconstituição do julgado no artigo 966, inciso V do

Código de Processo Civil, que assim está redigido:

Art. 966. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I a IV omissis.

V - violar manifestamente norma jurídica;

Para correção de *error in procedendo* ou *in judicando* ou decisão contra precedente obrigatório, a ação rescisória proposta com fundamento em violação de norma jurídica deve indicar a norma ou o precedente violado.

As decisões judiciais devem, por meio de interpretação teleológica, escorar-se no ordenamento jurídico e atender aos fins sociais, exigindo-se a devida fundamentação e observação dos precedentes jurisprudenciais sobre a matéria.

Conforme preleciona Fredie Didier “quando se diz que uma norma foi violada, o que se violou foi a interpretação dada à fonte do direito utilizada no caso.” (op. cit., p. 492).

A expressão norma jurídica refere-se a princípios, à lei, à Constituição, a normas infra-legais, a negócios jurídicos e precedentes judiciais.

O inciso V, do art. 966, do CPC prevê o cabimento de ação rescisória quando houver violação evidente, ou seja, demonstrada com prova pré-constituída juntada pelo autor, de norma jurídica geral, ou seja, lei em sentido amplo, processual ou material. A violação a normas jurídicas individuais não admite a ação rescisória, cabendo, eventualmente e antes do trânsito em julgado, reclamação.

Nesse sentido, é o comentário ao art. 485, do CPC/73 de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery citando Pontes de Miranda e Barbosa Moreira: “*Lei aqui tem sentido amplo, seja de caráter material ou processual, em qualquer nível (federal, estadual, municipal e distrital), abrangendo a CF, MedProv., DLeg, etc*”. (Código de Processo Civil Comentado: legislação Extravagante, 10^a ed., 2008).

Com efeito, a interpretação dada pelo pronunciamento rescindendo deve ser desarrazoado de tal modo que viole a norma jurídica em sua literalidade. Contudo, se a decisão rescindenda eleger uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, não é caso de ação rescisória, sob pena de desvirtuar sua natureza, dando-lhe contorno de recurso. Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. (Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, 41^a ed., nota 20 ao art. 485, V, CPC).

Ainda, quanto à rescisão do julgado com fundamento no inciso V, do art. 966, do CPC, ensina Fredie Didier Jr:

Se a alegação de violação puder ser comprovada pela prova juntada aos autos com a petição inicial, cabe a ação rescisória com base no inciso V, do art. 966; se houver necessidade de dilação probatória, então essa rescisória é inadmissível. A manifesta violação a qualquer norma jurídica possibilita o ingresso da ação rescisória, com vistas a desconstituir a decisão transitada em julgado. A norma manifestamente violada pode ser uma regra ou um princípio. Se a decisão rescindenda tiver conferido uma interpretação sem qualquer razoabilidade ao texto normativo, haverá manifesta violação à norma jurídica. Também há manifesta violação à norma jurídica quando se conferir uma interpretação incoerente e sem integridade com o ordenamento jurídico. Se a decisão tratou o caso de modo desigual a casos semelhantes, sem haver ou ser demonstrada qualquer distinção, haverá manifesta violação à norma jurídica. É preciso que a interpretação conferida pela decisão seja coerente. Já se viu que texto e norma não se confundem, mas o texto ou enunciado normativo tem uma importante função de servir

de limite mínimo, a partir do qual se constrói a norma jurídica. Se a decisão atenta contra esse limite mínimo, sendo proferida contra legem, desatendendo o próprio texto, sem qualquer razoabilidade, haverá também “manifesta violação” à norma jurídica. (g.n., op. cit., p. 495).

E ainda:

Cabe ação rescisória, nos termos do inciso V do art. 966 do CPC, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão de julgamento de casos repetitivos, que não tenha considerado a existência e distinção entre questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento (art. 966, §5º, CPC). A regra aplica-se, por extensão, à decisão baseada em acórdão de assunção de competência, que também não tenha observado a existência de distinção. Nesse caso, cabe ao autor da ação rescisória demonstrar, sob pena de inépcia e consequente indeferimento da petição inicial, fundamentadamente, que se trata de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a exigir a adoção de outra solução jurídica (art. 966, §6º, CPC).

Verifica-se que para ocorrer a rescisão respaldada no inciso V, do artigo 966 do Código de Processo Civil, deve restar demonstrada a violação à lei perpetrada pela decisão, consistente na inadequação dos fatos deduzidos na inicial à figura jurídica construída pela decisão rescindenda, decorrente de interpretação absolutamente errônea da norma regente.

Consoante comentário ao referido dispositivo legal, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição revista, 2008, o qual traz lição de Pontes de Miranda e Barbosa Moreira: “lei aqui tem sentido amplo, seja de caráter material ou processual, em qualquer nível (federal, estadual, municipal e distrital), abrangendo a CF, MedProv., DLeg, etc”.

Desta feita, a norma ofendida não precisa necessariamente ser veiculada por lei, para admissão do litígio rescisório.

Todavia, para a viabilidade da ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, é forçoso que a interpretação dada pelo pronunciamento rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, a decisão rescindenda eleger uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, não será admitida a rescisória, sob pena de desvirtuar sua natureza, dando-lhe o contorno de recurso. Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência no E. Superior Tribunal de Justiça, como anota Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, Editora Saraiva, 41ª edição atualizada, 2009 (Nota 20: art. 485, inc. V, do CPC).

No caso dos autos, verifico pela análise dos documentos e pela análise das alegações da parte autora, que esta depois de pagar em dia as contribuições referentes às competências de julho de 2005 (a primeira contribuição) a janeiro de 2006, verteu contribuições posteriores com atrasos inferiores a 30 dias, até o mês de julho de 2007.

A partir do mês de julho de 2007 até janeiro de 2008, a parte autora esteve em gozo de auxílio doença, período em que manteve a qualidade de segurada, à luz do artigo 15, inciso I, da Lei 8213/91:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

Nos termos do artigo 29, § 5º, da Lei 8.213/91, os 8 (oito) meses em que a autora permaneceu em gozo de auxílio doença devem ser computados no período de carência:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste: (...)

§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo.

A partir de 30 de janeiro de 2008, a autora somente voltou a verter contribuições como contribuinte individual em 27 de maio de 2008, referente à competência de abril de 2008.

Não obstante a contribuição do referido mês tenha sido paga a destempo, a autora não havia perdido a qualidade de segurada, como demonstrado acima.

Sendo assim, não se exige nova primeira contribuição recolhida tempestivamente para que seja atendido os ditames do citado artigo 27 da Lei Previdenciária. Não tendo a autora perdido a qualidade de segurada, não há que se exigir nova primeira contribuição sem atraso.

Os atrasos em questão não ultrapassaram 30 (trinta) dias, com o que tais atrasos não impedem o cômputo das contribuições para fins de carência, a teor do artigo 27, inciso II, da Lei 8.213/91.

Decorre da inteligência do art. 27, II, da Lei n. 8.213/1991, que não são consideradas, para fins de cômputo do período de carência, as contribuições recolhidas com atraso, referentes a competências anteriores à data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso.

O recolhimento, com atraso, de contribuições referentes a competências posteriores ao efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso (início do período de carência), e quando concomitantemente não haja a perda da condição de segurado, impede que se incida a vedação contida no art. 27, II, da Lei n.8.213/1991.

Neste mesmo sentido é o entendimento adotado pela TNU, conforme demonstram os seguintes julgados daquele órgão colegiado:

[...] A TNU já firmou o entendimento quanto à possibilidade de cômputo das contribuições previdenciárias recolhidas a posteriori pelo contribuinte individual para efeitos de carência, se não houver perda da qualidade de segurado. (PEDILEF n. 5038937-74.2012.4.04.7000, Rel. Juiz Federal Janilson Bezerra de Siqueira, DJe 22/3/2013)

[...] As contribuições previdenciárias recolhidas com atraso devem ser consideradas para efeito de carência desde que posteriores à primeira paga sem atraso e que o atraso não importe nova perda da condição de segurado (PEDILEF n. 2006.70.95.011470-8/PR, Rel. Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJe 14/4/2008)

É decorrência lógica e expressa da norma jurídica em questão, quando estabeleceu como marco a primeira contribuição paga tempestivamente, que não se impede o cômputo das contribuições posteriores pagas com atraso, mas antes da perda da condição de segurado, sejam estas contribuições pagas com atraso, utilizadas na contagem para fins de carência.

E como o Acórdão que se pretende desconstituir entendeu de maneira contrária ao texto do inciso II, do artigo 27 da Lei nº 8.213/1991, como se vê inclusive da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita, é de se rescindir o julgado

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA URBANA POR IDADE. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA EM ATRASO. CÔMPUTO PARA EFEITO DE CARÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 27, II, DA LEI Nº 8.213/1991. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. É da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso que se inicia a contagem do período de carência quando se tratar de contribuinte individual.

2. As contribuições previdenciárias recolhidas em atraso, em período anterior ao primeiro pagamento sem atraso, não podem ser consideradas para o cômputo do período de carência, nos termos do art. 27, II, da Lei n. 8.213/1991. Precedentes.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.376.961/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T., DJe 4/6/2013, destaquei)

Previdenciário. Aposentadoria por idade. Trabalhadora urbana. Cumprimento da carência. Aproveitamento de contribuições recolhidas com atraso (art. 27, II, da Lei nº 8.213/91). Benefício devido.

1. Para a concessão de aposentadoria urbana por idade devem ser preenchidos dois requisitos: idade mínima (65 anos para o homem e 60 anos para a mulher); e carência – recolhimento mínimo de contribuições.

2. O recolhimento com atraso não impossibilita o cômputo das contribuições para a obtenção do benefício.

3. É da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso que se inicia a contagem do período de carência quando se tratar de empregado doméstico, contribuinte individual, especial e facultativo, empresário e trabalhador autônomo. Isso segundo a exegese do art. 27, II, da Lei nº 8.213/91.

4. No caso, o que possibilita sejam as duas parcelas recolhidas com atraso somadas às demais com o fim de obtenção da aposentadoria por idade é o fato de a autora não ter perdido a qualidade de segurada e de o termo inicial da carência ter-se dado em 1º.1.91.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 642.243/PR, Rel. Ministro Nilson Naves, 6ª T., DJ 5/6/2006, destaquei)

Como o Acórdão rescindendo desconsiderou indistintamente todas as contribuições pagas em atraso pela parte autora, resta evidente a violação ao artigo 27, inciso II, da Lei Previdenciária.

Portanto, caracterizada a hipótese do artigo 966, V, do Código de Processo Civil, que autoriza e justifica a rescisão do julgado.

Em razão do acima exposto julgo procedente a presente ação rescisória para rescindir o julgado atacado.

Passo ao juízo rescisório.

Em juízo rescisório, a decisão ora atacada merece ser desconstituída para reconhecer os recolhimentos relativos às competências de fevereiro a outubro de 2006, fevereiro, março, abril e julho de 2007, abril de 2008 a julho de 2009 e outubro e novembro de 2009, para efeito de carência, e conceder a aposentadoria por idade, a partir da data do requerimento administrativo, ou seja, desde 16/10/2009.

A aposentadoria por idade vem regida no art. 48, Lei 8.213/91, que possui o seguinte teor:

Art. 48 – A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (Redação dada pela Lei nº 9.032/95)

§ 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11. (Redação dada pela Lei 9.876, de 26.11.99)

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benéfico pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

§ 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 home, e 60 (sessenta) anos, se mulher. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

§ 4º Para efeito do § 3º deste artigo, o cálculo da renda mensal do benefício será apurado de acordo com o disposto no inciso II do caput do art. 29 desta Lei, considerando-se como salário-de-contribuição mensal do período como segurado especial o limite mínimo de salário-de-contribuição da Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

Como se observa da cristalina redação do § 3º, presente expressa previsão para que os trabalhadores, que migraram de categoria, possam se valer do mister rural, para fins de obtenção de aposentadoria por idade, unicamente tendo sido estatuído patamar etário mais elevado, pois quando o labor campesino é puro, o legislador firmou critério mais brando, como visto no § 1º.

Neste passo, quanto à comprovação da condição de segurado, nos termos do artigo 55, § 3º da Lei 8.213/91 e de acordo com a jurisprudência consubstanciada na Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, é possível a comprovação do trabalho rural mediante a apresentação de início de prova documental complementada por prova testemunhal:

(...) a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário.

Início de prova material não significa completude, mas elemento indicativo que permita o reconhecimento da situação jurídica discutida, desde que associada a outros dados probatórios.

Ressalta-se que o início de prova material exigido pelo § 3º do artigo 55, da Lei 8.213/91, não significa que o segurado deverá demonstrar mês a mês ou ano a ano, por intermédio de documentos, o exercício de atividade na condição de rurícola, pois isto importaria em se exigir que todo o período de trabalho fosse comprovado documentalmente, sendo de nenhuma utilidade a prova exclusivamente testemunhal, para a demonstração do labor rural.

Frise-se, por igual, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 652591/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 28/09/2004, p. 25/10/2004, p. 385) consagrou o entendimento de que o início de prova material do exercício de atividade rural por um dos cônjuges aproveita ao outro.

Nessa diretriz, posiciona-se o C. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. INCISOS VII E IX DO ART. 485 DO CPC. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. DOCUMENTOS NOVOS. POSSIBILIDADE. PERÍODO LEGAL DE CARÊNCIA IMEDIATAMENTE ANTE-

RIOR. EFETIVA ATIVIDADE AGRÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. COMPROVAÇÃO. AÇÃO PROCEDENTE.

...

II - Seguindo essa premissa, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou posicionamento segundo o qual as certidões de nascimento, casamento e óbito, bem como certidão da Justiça Eleitoral, carteira de associação ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais e contratos de parceria agrícola são aceitos como início da prova material, nos casos em que a profissão rural estiver expressamente consignada.

III - O pedido inicial instruído por início de prova material, corroborado pelo acervo testemunhal, é apto a comprovar o exercício de atividade rurícola.

IV - A apresentação de novos documentos na presente via rescisória pelo rurícola é aceita por este Superior Tribunal ante o princípio do pro misero e da específica condição dos trabalhadores rurais no que concerne à produção probatória.

V - Ação rescisória procedente.

(AR 4.209/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2015, DJe 01/07/2015)

O C. STJ, sob o rito dos Recursos Repetitivos, reconheceu a possibilidade de reconhecimento de períodos antecedentes à prova material mais antiga, desde que corroborados pela prova testemunhal:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.

2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil “a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso”. Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, “não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento” (Súmula 149/STJ).

3. *No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes.*

4. *A Lei de Benefícios, ao exigir um “início de prova material”, teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente.*

5. *Ainda que inexistia prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.*

6. No caso concreto, mostra-se necessário decotar, dos períodos reconhecidos na sentença, alguns poucos meses em função de os autos evidenciarem os registros de contratos de trabalho urbano em datas que coincidem com o termo final dos interregnos de labor como rurícola, não impedindo, contudo, o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço,

mormente por estar incontroversa a circunstância de que o autor cumpriu a carência devida no exercício de atividade urbana, conforme exige o inc. II do art. 25 da Lei 8.213/91.

7. Os juros de mora devem incidir em 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da Súmula n. 204/STJ, por se tratar de matéria previdenciária. E, a partir do advento da Lei 11.960/09, no percentual estabelecido para caderneta de poupança. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(REsp 1348633/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 05/12/2014)

Quanto ao requisito carência para a concessão do benefício almejado:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. AGRAVO LEGAL. JULGAMENTO DE APELAÇÃO PELO ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE. NÃO CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DESPROVIMENTO.

1. O ordenamento jurídico pátrio prevê expressamente a possibilidade de julgamento da apelação pelo permissivo do Art. 557, caput e § 1º-A do CPC, nas hipóteses previstas pelo legislador. O recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, a teor do disposto no caput, do Art. 557 do CPC, sendo pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito.

2. Somados o tempo de trabalho rural ao de trabalho urbano, perfaz a autora 11 anos e 11 meses, ou 143 meses, não cumprindo a carência exigida pelos Arts. 25, II, e 142, da Lei 8.213/91, para a percepção do benefício de aposentadoria por idade, que é de 162 meses, uma vez que completou o requisito etário (60 anos) em 24.05.2008; devendo ser averbado em seus registros o tempo de serviço rural reconhecido, no período de 18.09.1970 a 20.05.1982.

3. Não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada.

4. Agravo desprovido.

(AC 00158419820144039999, DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/05/2015)

No caso dos autos.

A autora, nascida em 13 de dezembro de 1947, preencheu o requisito etário em 13 de dezembro de 2007, na vigência da Lei nº 8.213/91 (com alterações trazidas pela Lei nº 9.032/95); portanto, deve demonstrar o recolhimento de, no mínimo, 156 (cento e cinquenta e seis) contribuições previdenciárias.

De acordo com o CNIS, a autora possui contribuições como segurada empregada no período de fevereiro de 1975 a novembro de 1984 (total de 108 contribuições); contribuições como contribuinte individual de julho de 2005 a julho de 2007 (total de 25 contribuições); e também como contribuinte individual de abril de 2008 a março de 2010 (total de 24 contribuições). A contribuição referente a julho de 2005 foi paga em 29/07/2005 (NUM 668188) sendo, portanto, tempestiva.

As contribuições realizadas até julho de 2007 foram sucessivas, ainda que pagas com pequeno atraso (os atrasos não superam trinta dias), e devem ser consideradas para fins de carência à luz do artigo 27, II, da Lei 8.213/91, que veda apenas o cômputo das contribuições recolhidas com atraso que sejam anteriores à primeira contribuição sem atraso.

Nesse sentido seguem os precedentes do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PREVIDENCIÁRIO - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA - APELAÇÃO DA PARTE AUTORA - NÃO COMPROVAÇÃO DA CARÊNCIA - APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA.

- De acordo com o artigo 27, inciso II, da Lei nº 8.213/91, para cômputo da carência, no caso do contribuinte individual, serão consideradas as contribuições realizadas a partir do efetivo pagamento da primeira contribuição, sem atraso, não sendo consideradas para este fim, as contribuições recolhidas com atraso.

- Tendo sido a primeira contribuição, na qualidade de contribuinte individual, realizada com atraso, não restou cumprido o período de carência, não se aplicando, no caso, o estabelecido pelo artigo 24 da Lei nº 8.213/91.

- Caracterizado o não cumprimento do período de carência, indevido o benefício de aposentadoria por invalidez. - Apelação da parte autora improvida.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AC 0034492-67.2003.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA, julgado em 17/03/2008, DJF3 DATA:02/07/2008)

PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO RETIDO - CARÊNCIA - AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS AUTENTICADOS NA CONTRA-FÉ - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - ART. 42 DA LEI 8.213/91 - CARÊNCIA - NÃO CUMPRIMENTO.

I - Para o ajuizamento de ação previdenciária não é necessário o prévio esaurimento das vias administrativas (Súmula 09 do E.TRF da 3ª Região).

II - Ausência de amparo legal no que tange à instrução da contra-fé com cópia de documentos.

III - Nos termos do artigo 27, inciso II, da Lei nº 8.213/91 para cômputo do período de carência, serão consideradas as contribuições realizadas a contar da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores, no caso dos segurados, empregado doméstico, contribuinte individual, especial e facultativo, referidos respectivamente, nos incisos II, V, VII do artigo 11 e no artigo 13.

IV - Não preenchidos os requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, consoante art. 42, da Lei nº 8.213/91, o acolhimento da pretensão do réu é de rigor.

V - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

VI - Agravo Retido interposto pelo réu improvido. Remessa Oficial e Apelação do réu providas. (TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC 0013897-76.2005.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 28/06/2005, DJU DATA:20/07/2005)

Assim, às 108 (cento e oito) contribuições como empregada, devem ser somadas 25 (vinte e cinco) contribuições como contribuinte individual, totalizando 133 contribuições.

Como a autora esteve em gozo de auxílio doença de julho de 2007 a janeiro de 2008, período em que manteve a qualidade de segurada (artigo 15, inciso I, da Lei 8213/91), tal período deve ser considerado para fins de carência à luz do artigo 29, § 5º, da Lei de regência.

Logo, às 133 (cento e trinta e três) contribuições já computadas, devem ser somadas outras 8, referentes ao período de gozo de auxílio doença, totalizando 141 (cento e quarenta e uma) contribuições. Após 30 de janeiro de 2008, a autora somente voltou a verter contribuições como contribuinte individual em 27 de maio de 2008, referente à competência de abril de 2008. Não obstante a contribuição do mês referido tenha sido paga a destempo, a autora não havia perdido a qualidade de segurada.

As contribuições vertidas, portanto, referentes às competências de abril de 2008 a março de 2010, ainda que pagas algumas com pequeno atraso, devem ser todas consideradas, já que

não houve a quebra de continuidade e nem a perda da qualidade de segurada.

Logo, a autora possui mais 24 (vinte e quatro) contribuições, totalizando 165 (cento e sessenta e cinco) contribuições, superando em muito a carência exigida para fins de aposentadoria por idade.

Daí porque julgo procedente a ação subjacente.

Passo à apreciação dos consectários.

TERMO INICIAL

O termo inicial do benefício é, por força do inciso II, do artigo 49, combinado com o artigo 54, ambos da Lei nº 8.213/91, a data da entrada do requerimento e, na ausência deste ou em caso da não apresentação dos documentos quando do requerimento administrativo, será fixado na data da citação do INSS.

No caso dos autos, o termo de início do benefício de ser fixado na data do requerimento administrativo, ou seja, desde 16/10/2009.

JUROS DE MORA

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consoante art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos daquele diploma legal.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios, a teor da Súmula 111 do E. STJ, incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência; contudo, uma vez que a pretensão do segurado somente foi deferida nesta sede rescisória, a condenação da verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da presente decisão ou acórdão, atendendo ao disposto no § 11 do artigo 85, do CPC.

Assim, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do parágrafo anterior, já considerada a existência da ação rescisória.

CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

A teor do disposto no art. 4º, I, da Lei Federal nº 9.289/96, as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal.

De outro lado, o art. 1º, §1º, deste diploma legal, delega à legislação estadual normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual no exercício da competência delegada.

Assim, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal e naquelas aforadas na Justiça do Estado de São Paulo, por força da Lei Estadual/SP nº 11.608/03 (art. 6º).

Contudo, a legislação do Estado de Mato Grosso do Sul que dispunha sobre a isenção referida (Leis nº 1.135/91 e 1.936/98) fora revogada a partir da edição da Lei nº 3.779/09 (art. 24, §§1º e 2º), razão pela qual é de se atribuir ao INSS o ônus do pagamento das custas processuais nos feitos que tramitam naquela unidade da Federação.

De qualquer sorte, é de se ressaltar que, em observância ao disposto no art. 27 do Código de Processo Civil, o recolhimento somente deve ser exigido ao final da demanda, se sucumbente.

A isenção referida não abrange as despesas processuais, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

Isto posto, julgo procedente a ação rescisória e, no juízo rescisório, julgo procedente a ação subjacente, tudo nos termos da fundamentação acima.

Oportunamente, officie-se ao Juízo da Segunda Vara Federal da Subseção Judiciária de Guarulhos, por onde tramitou a ação originária nº 0012409.47.2009.403.6119, sobre o julgamento deste feito.

É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA

5001937-08.2018.4.03.0000

Autora: DIRCE DEPOSITO BASSO

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/04/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL DIARISTA. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES APÓS 31/12/2010. ARTS. 2º E 3º, DA LEI 11.718/08. INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL CONTROVERTIDA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DE SÚMULA 343/STF. VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO DE FATO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO SOB O CRIVO DA PERSUASÃO RACIONAL DO MAGISTRADO.

1. As preliminares de incidência do enunciado de Súmula nº 343/STF, e de carência da ação confundem-se com o mérito, âmbito em que devem ser analisadas.

2. A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no Art. 143, da Lei 8.213/91, completar 60 anos de idade para homens e 55 para mulheres (Art. 48, § 1º).

3. O entendimento esposado pelo julgado, no sentido da improcedência do pedido de aposentadoria por idade rural, fundamentou-se no entendimento de que a autora, na condição trabalhadora rural eventual, diarista, enquadrava-se na regra dos Arts. 2º, Parágrafo único, e 3º, I e II, da Lei 11.718/08. Concluiu-se, portanto, que era necessária a comprovação do recolhimento de contribuições, após 31/12/2010, bem como o cumprimento da carência de 180 meses, prevista no Art. 25, II, da Lei 8.213/91, não bastando a apresentação de início de prova material corroborado por prova testemunhal.

4. A decisão rescindenda, ao impor tal condição, apenas deu cumprimento à legislação de regência, motivo por que não há que se falar em violação manifesta de norma jurídica.

5. Havendo interpretação jurisprudencial controvertida sobre a matéria, incide o enunciado de Súmula nº 343/STF, segundo o qual “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

6. O erro de fato, na acepção dada pelo o Art. 966, VIII, do Código de Processo Civil, implica assumir-se como existente fato inexistente, ou como inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

7. No caso concreto, todos os elementos de prova carreados aos autos foram objeto de expresse pronunciamento judicial, o que afasta a incidência do alegado vício. Com efeito, a análise do conjunto probatório, sob o crivo da persuasão racional do magistrado, não induz à existência de erro de fato.

8. Matéria preliminar rejeitada. Pedido de rescisão do julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, julgar improcedente o pedido de rescisão do julgado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória proposta com fundamento no Art. 966, V, do Código de Processo Civil, em que se objetiva a desconstituição da r. decisão monocrática proferida nos autos da apelação cível nº 0023068-76.2013.4.03.9999, de relatoria do eminente Desembargador Federal Toru Yamamoto, por meio da qual deu provimento à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por idade a trabalhadora rural.

A decisão rescindenda, proferida aos 02/12/2014 (Id 1672767/03-06), amparou-se nas seguintes razões de decidir:

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que julgou procedente ação objetivando a concessão de aposentadoria por idade, nos termos do art. 143 da Lei n. 8.213/91, para o fim de condenar o INSS à concessão do benefício pleiteado, no valor de 01 (um) salário mínimo mensal, a partir da data do indeferimento administrativo (04/11/2011), corrigidos monetariamente e acrescido de juros de mora nos termos do art. 10, F, da Lei 9494/97. Condenou ainda ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos da Súmula 111 do STJ. Determinou a antecipação da tutela.

Em suas razões de apelação, o INSS alega não restarem preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício pleiteado diante da ausência de prova do exercício de atividade rural da autora pelo período de carência mínimo exigido.

Com as contrarrazões subiram os autos a esta E. Corta.

Decido.

Verifico que o presente caso contém os elementos que permitem a aplicação do disposto no art. 557 do CPC, extensível à eventual remessa oficial, a teor da Súmula 253 do C. STJ. Isso porque as questões discutidas neste feito já se encontram pacificadas pela jurisprudência, devendo aplicar-se a previsão em comento, tendo em vista julgamentos exarados em casos análogos. A aposentadoria por idade de rurícola reclama idade mínima de 60 anos, se homem e 55 anos se mulher (§ 1º do art. 48 da Lei nº 8.213/91) e demonstração do exercício de atividade rural, bem como a carência mínima exigida no art. 142 do referido benefício (art. 201, § 7º, II, da CF/88 e arts. 48, 49, 142 e 143, da Lei nº 8.213/91).

Pondere-se, ainda, que o prazo de 15 (quinze) anos, estatuído no sobredito art. 143, e prorrogado até 31/12/2010, nos moldes do art. 2º da Lei nº 11.718 de 20/6/2008, diz respeito ao lapso para ingresso de pedido tendente à obtenção do benefício, e não à duração do pagamento da benesse.

De acordo com a jurisprudência, suficiente, a tal demonstração, início de prova material, corroborado por prova testemunhal. Ademais, para a concessão de benefícios rurais, houve um abrandamento no rigorismo da lei quanto à comprovação da condição de rurícola dos trabalhadores do campo, permitindo a extensão dessa qualidade do marido à esposa, ou seja, são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou conviventes, aparecem

qualificados como lavradores, ainda que o desempenho da atividade campesina não tenha se dado sob regime de economia familiar.

Cumpra ressaltar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir dos trabalhadores campesinos o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que, sob tal informalidade, se verifica a existência de uma subordinação, haja vista que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados “gatos”. Semelhante exigência equivaleria a retirar destes qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão de sua atividade.

O art. 143 da Lei n.º 8.213/1991, com redação determinada pela Lei n.º 9.063, de 28.04.1995, dispõe que: “O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea ‘a’ do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício”.

In casu, a pleiteante, nascida em 02/11/1956, comprovou o cumprimento do requisito etário no ano de 2011. Assim, considerando que seu implemento etário se deu quando já havia encerrado a prorrogação prevista no art. 143, da Lei de Benefícios, é necessário, após 31/12/2010, a comprovação do recolhimento de contribuições para os empregados rurais, trabalhadores avulsos e diaristas e o cumprimento da carência de 180 meses, a teor do que dispõe o art. 25, inciso II, da Lei nº 8.213/91, existindo a necessidade de comprovação de recolhimentos de contribuições previdenciárias a fim de ser concedido o benefício.

Antes de analisar a qualidade de segurado e carência do pedido, cumpre salientar que o esgotamento do prazo previsto não constitui óbice para a percepção de benefícios previdenciários no valor de um salário mínimo, nos termos do art. 39, I, da Lei 8.213/91.

No entanto, o exercício de atividades rurais relativo ao período encerrado em 31/12/2010 há de ser comprovado de igual modo, ou seja, bastando a apresentação de início de prova material corroborada por testemunhos. E, quanto ao período posterior, iniciado em 01/01/2011 até 31/12/2015, o labor rural deve ser comprovado por prova material, não bastando o início de prova, correspondendo cada mês comprovado a três meses de carência, limitados a 12 meses dentro do ano civil, conforme as regras introduzidas pela Lei 11.718/08, em seu art. 2º, parágrafo único e art. 3º, incisos I e II.

Em suma, considerando que a simples limitação temporal das regras prescritas pelo art. 143 da Lei de Benefícios, por si só não obsta a comprovação do exercício de atividades rurais, nem à percepção do benefício, desde que comprovado os recolhimentos obrigatórios, que passaram a ser exigidos após o advento das novas regras introduzidas pela Lei 11.718/08.

E, no que tange ao exercício de atividade rural, a autora apresentou cópia de sua certidão de casamento, realizado no ano de 1976, certidão de nascimento do filho no ano de 1977, constando sua qualificação como do lar e a de seu marido como lavrador; documentos pessoais do esposo da autora; ficha de cadastro de trabalhador rural produtor em nome do marido, como “porcenteiro” e documentos constantes do seu procedimento administrativo.

No entanto, ainda que a autora tenha apresentado documento em seu nome e de seu esposo demonstrando seu labor nas lides campesinas, não restou demonstrado seu trabalho no meio rural nos últimos anos, ou seja, no período imediatamente anterior à data do seu implemento etário, principalmente nos últimos cinco anos, deixando de cumprir a carência mínima exigida, bem como os requisitos impostos pela lei 11.718/08, tendo em vista que seu implemento etário se deu no ano de 2011 e não demonstrou os recolhimentos de contribuições no período posterior à 31/12/2010, deixando, assim, de cumprir as exigências impostas pela lei supracitada e, conseqüentemente os requisitos necessários para a concessão do benefício pleiteado.

Por conseguinte, cumpre salientar que, a prova exclusivamente testemunhal não é suficiente à comprovação da atividade rurícola, conforme Súmula 149 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”.

Nesse passo, não comprovado o exercício, pela autora, de atividade rurícola no período equivalente à carência exigida pelo art. 142 da Lei 8.213/91, bem como a comprovação do seu trabalho no período imediatamente anterior ao seu implemento etário, impossível a concessão da aposentadoria rural por idade prevista no artigo 143 da referida lei.

Impõe-se, por isso, a improcedência do pedido e a revogação da tutela antecipada concedida na sentença.

Do exposto, enfrentadas as questões pertinentes à matéria em debate, com fulcro no art. 557 do CPC, DOU PROVIMENTO à apelação do INSS para reformar *in totum* a r. sentença, julgar improcedente o pedido de aposentadoria por idade rural à autora e revogar a tutela antecipada concedida.

O trânsito em julgado ocorreu aos 10/02/2016 (Id 1672776). Esta ação foi ajuizada em 08/02/2018 (Id 1672708).

A autora sustenta, em síntese, que houve violação aos Arts. 48, §§ 1º e 2º, 55, § 3º e 143, todos da Lei 8.213/91, sob o argumento de que, havendo início de prova material de trabalho rural, corroborado por prova testemunhal, é indevida a exigência de recolhimento de contribuições previdenciárias após o período de 31/12/2010, para a segurada especial diarista. Aduz a existência de erro de fato, por não se ter levado em consideração a prova documental e a prova oral produzida. Requer a rescisão do julgado para que, em novo julgamento da causa, seja deferida a concessão do benefício.

Concedidos os benefícios da gratuidade da justiça (Id 2979880).

Regularmente citado, o réu arguiu as preliminares de incidência do enunciado de Súmula nº 343/STF, por se tratar de matéria com interpretação jurisprudencial controvertida; e de carência da ação, por ausência do interesse de agir, por entender que a autora pretende apenas a rediscussão do quadro fático-probatório produzido na lide subjacente. No mérito, sustenta a inexistência de violação manifesta de norma jurídica e de erro de fato no julgado (Id 3381388).

Réplica da parte autora (ID 5345475).

Dispensada a produção de novas provas (Id 7240465).

Razões finais da parte autora (Id 7827535).

Em seu parecer, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo regular prosseguimento da ação, sem a sua intervenção (Id 13132145).

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

As preliminares de incidência do enunciado de Súmula nº 343/STF, e de carência da ação confundem-se com o mérito, âmbito em que devem ser analisadas.

Passo a examinar a questão de fundo.

A controvérsia nos autos cinge-se à discussão sobre a existência de violação manifesta de norma jurídica e de erro de fato no julgado, por ter a decisão rescindenda considerado

necessário o recolhimento de contribuições previdenciárias após 31/12/2010, para fins de reconhecimento da atividade rural no período posterior.

A ação originária, proposta em 07/05/2012, objetivava a concessão do benefício de aposentadoria por idade rural desde o requerimento administrativo, formulado em 04/11/2011, sob a alegação de que a autora sempre exercera atividade rurícola; inicialmente junto aos seus genitores e, a partir de 26/07/1976, junto do marido e dos filhos, em regime de economia familiar. A partir de 17/03/2006 em diante teria passado a atuar como trabalhadora rural diarista para diversos empregadores (Id 1672749/03-15).

O feito foi instruído com documentos em que o cônjuge da autora consta qualificado como trabalhador rural, datados entre os anos de 1976 a 1984 (Id 1672749/20-26, Id 1672761/10-11, Id 1672761/14 e Id 1672763/01-03), e com documentos em que a própria autora está qualificada como lavradora, datados do mesmo período (Id 1672749/24).

O benefício de aposentadoria por idade está previsto no Art. 48, da Lei nº 8.213/91, que dispõe:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

§ 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 10 deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 90 do art. 11 desta Lei.

§ 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 10 deste artigo que não atendam ao disposto no § 20 deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completar em 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher.

A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais, referidos na alínea a, do inciso I, na alínea g, do inciso V e nos incisos VI e VII, do Art. 11, da Lei 8.213/91, portanto, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no Art. 143, da Lei 8.213/91, completar 60 anos de idade para homens e 55 para mulheres (Art. 48, § 1º).

A regra de transição contida no Art. 143 que tem a seguinte redação:

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 um salário mínimo, durante 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.

O período de 15 anos a que se refere o dispositivo retro citado exauriu-se, assim como as sucessivas prorrogações, em 31.12.2010, como disposto no Art. 2º, da Lei nº 11.718/08:

Art. 2º Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010.

O entendimento esposado pelo julgado, no sentido da improcedência do pedido de aposentadoria por idade rural, fundamentou-se no entendimento de que a autora, na condição trabalhadora rural eventual, diarista, enquadrava-se na regra dos Arts. 2º, Parágrafo único, e 3º, incisos I e II, da Lei 11.718/08. In verbis:

Art. 2º Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo ao trabalhador rural enquadrado na categoria de segurado contribuinte individual que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a 1 (uma) ou mais empresas, sem relação de emprego.

Art. 3º Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência:

I – até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991;

II – de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; [...]

Concluiu-se, portanto, que era necessária a comprovação do recolhimento de contribuições, após 31/12/2010, bem como o cumprimento da carência de 180 meses, prevista no Art. 25, II, da Lei 8.213/91, não bastando a apresentação de início de prova material corroborado por prova testemunhal.

A decisão rescindenda, ao impor tal condição, apenas deu cumprimento à legislação de regência, motivo por que não há que se falar em violação manifesta de norma jurídica.

Não se ignora a existência da corrente jurisprudencial em sentido diverso, à qual me filio, que interpreta que as contribuições previdenciárias dos trabalhadores rurais diaristas, denominados de volantes ou bóia fria, são de responsabilidade do empregador, cabendo à Secretaria da Receita Previdenciária a sua arrecadação e fiscalização.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NÃO VINCULAÇÃO DO JUIZ AO LAUDO PERICIAL. ART. 436 DO CPC. INCAPACIDADE TIDA COMO TOTAL, PERMANENTE E INSUSCETÍVEL DE REABILITAÇÃO OU READAPTAÇÃO. TRABALHADOR RURÍCOLA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE NO CAMPO POR MAIS DE 12 MESES. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO: MARIDO QUALIFICADO COMO LAVRADOR: EXTENSÃO À ESPOSA. NOTAS FISCAIS DE PRODUTOR RURAL. PROVA TESTEMUNHAL “BÓIA-FRIA”: EMPREGADO: COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES: ÔNUS DO EMPREGADOR. SENTENÇA REFORMADA. BENEFÍCIO DEFERIDO. VALOR. DA RENDA MENSAL. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS. TUTELA JURISDICIONAL ANTECIPADA DE OFÍCIO.

[...]

IV - Quanto ao cumprimento do período de carência e à condição de segurado da Previdência Social, os trabalhadores rurais que exerçam atividade na qualidade de empregado, diarista, avulso ou segurado especial da Previdência Social não necessitam comprovar o recolhimento

das contribuições previdenciárias, mas sim o exercício da atividade laboral no campo por período superior a doze meses (arts. 39, 48, § 2º, e 143 da Lei 8.213/91).

V - Era entendimento antigo que a atividade do “bóia-fria” não caracterizaria relação de emprego formal, melhor se enquadrando às disposições do art. 11, V, da Lei nº 8.213/91 (contribuinte individual), obrigado a comprovar as contribuições. Porém, como o próprio INSS, na regulamentação administrativa ON2, de 11.3.94, artigo 5º, “s” e ON8, de 21.3.97, considera como empregado o trabalhador volante (ou bóia-fria), para fins de concessão de benefício previdenciário, deve ser assim considerado, razão pela qual não lhe cabe comprovar o recolhimento das contribuições previdenciárias, que constitui ônus do empregador, cabendo-lhe, tão somente, a comprovação do exercício da atividade laboral no campo por período equivalente ao da carência exigida por lei. [...]

XV - Apelação parcialmente provida.

XVI - ... “omissis”.

(AC 200161120041333, Desembargadora Federal MARISA SANTOS, 9ª Turma, DJU 20/04/2005, p. 615.);

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. PENSÃO POR MORTE. TRABALHADOR RURAL. QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADA.

I - O compulsar dos autos revela que há início de prova material da atividade rural desempenhada pelo de cujus, que corroborado pelos depoimentos testemunhais, demonstram a sua qualidade de segurado no momento do óbito.

II - A regulamentação administrativa da própria autarquia previdenciária (ON 2, de 11/3/1994, artigo 5º, item “s”, com igual redação da ON 8, de 21/3/97) considera o trabalhador volante, ou bóia-fria, como empregado.

III - A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias relativa à atividade rural exercida pelo de cujus, na condição de empregado, cabia aos seus empregadores, não podendo recair tal ônus sobre seus dependentes.

IV - Agravo interposto pelo INSS, na forma do art. 557, §1º, do CPC, desprovido.

(AC 200803990604685, Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, 10ª Turma, DJF3 CJ1 17/03/2010, p. 2114) e

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. PRELIMINARES AFASTADAS. SALÁRIO-MATERNIDADE. EMPREGADA RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. SUCUMBÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO MANTIDA.

[...]

5. A autora, como trabalhadora volante ou bóia-fria, é considerada empregada, de modo que o recolhimento das contribuições previdenciárias cabe a seu empregador. Assim, na qualidade de segurada obrigatória, a sua filiação decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Aliás, a qualificação do bóia-fria como empregado é dada pela própria autarquia previdenciária, a teor do que consta da Instrução Normativa INSS/DC nº 118/2005 (inciso III do artigo 3º).

6. Nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e de acordo com a jurisprudência substanciada na Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, é possível a comprovação do trabalho rural mediante a apresentação de início de prova documental, devendo esta ser complementada por prova testemunhal.

7. Dos depoimentos testemunhais aliados à prova documental produzida nos autos é possível reconhecer o exercício de trabalho rural pela autora e, comprovado o nascimento de sua filha, o benefício previdenciário de salário-maternidade há de ser concedido, pelo período de 120 dias a contar da data do parto, no valor de um salário mínimo mensal.

[...]

11. Preliminares afastadas. Remessa oficial não conhecida. Apelação do INSS parcialmente provida. Ação procedente.

(AC 200003990391915, Juiz Federal convocado ALEXANDRE SORMANI, Turma Suplementar da 3ª Seção, DJF3 15/10/2008).

Contudo, tampouco se pode desprezar a coexistência de decisões com o mesmo entendimento adotado pelo julgado.

A exemplo, confira-se:

AGRAVO LEGAL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, CAPUT DO CPC. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHO RURAL. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. 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. Consoante o disposto no artigo 48, § 1º da Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991, para a obtenção da aposentadoria rural por idade, é necessário que o homem tenha completado 60 anos e a mulher, 55 anos.

3. No artigo 142 da mencionada lei consta uma tabela relativa à carência, considerando-se o ano em que o rurícola implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício.

4. Por sua vez, o artigo 143 do mesmo diploma legal, com redação determinada pela Lei nº 9.063, de 28.04.1995, estabelece que: "O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea 'a' do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício."

5. A Lei nº 11.718/2008 prorrogou o termo final do prazo para 31 de dezembro de 2010, aplicando-se esta disposição, inclusive, para o trabalhador rural enquadrado na categoria de segurado contribuinte individual que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego (art. 2º, caput e parágrafo único).

6. Para a concessão da aposentadoria por idade rural são necessários apenas dois requisitos: idade mínima e prova do exercício da atividade laborativa pelo período previsto em lei.

7. Nos termos da Súmula de nº 149 do STJ, é necessário que a prova testemunhal venha acompanhada de início razoável de prova documental, "in verbis": "A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

8. Não se exige que a prova material se estenda por todo o período de carência, mas é imprescindível que a prova testemunhal faça referência à época em que foi constituído o documento.

9. *Nota-se que a autora completou os 55 anos exigidos para a concessão do benefício apenas em 10/10/2011, ou seja, em período posterior àquele estendido pela Lei nº 11.718/2008, não lhe sendo aplicável, portanto, a benesse dos arts. 142 e 143 da Lei de Benefícios, sendo necessário à autora, para a obtenção do benefício da aposentadoria por idade devida aos trabalhadores rurais, que comprove o recolhimento de 180 contribuições nesta condição (art. 25, II, da Lei de Benefícios), não lhe bastando apenas a comprovação do exercício de atividade rural.*

10. 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.

11. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1925874 - 0042257-40.2013.4.03.9999, Rel. JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, julgado em 01/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/09/2014 - grifo nosso).

Logo, havendo interpretação jurisprudencial controvertida sobre a matéria, incide o enunciado de Súmula nº 343/STF, segundo o qual *“não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”*.

Por outro turno, o erro de fato, na acepção dada pelo o Art. 966, VIII, do Código de Processo Civil, implica assumir-se como existente fato inexistente, ou como inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

No caso concreto, todos os elementos de prova carreados aos autos foram objeto de expresse pronunciamento judicial, o que afasta a incidência do alegado vício.

Com efeito, a análise do conjunto probatório, sob o crivo da persuasão racional do magistrado, não induz à existência de erro de fato.

Importa destacar, ainda, que a orientação perfilhada pela decisão rescindenda, no tocante à afirmação de que não restou demonstrada a atividade rural da autora nos últimos cinco anos, é corroborada pela consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais. De acordo com o CNIS, o marido da autora exerce atividades urbanas ao menos desde 1989, informação que malfez o sustentado trabalho em regime de economia familiar no período posterior. Ademais, não há prova documental, em seu próprio nome, que ateste o labor como trabalhadora rural diarista no período mais recente.

Certo ou errado, justo ou injusto, é do nosso sistema processual o princípio da livre convicção motivada do magistrado, de modo que, tratando-se de valoração de prova, inexistente mecanismo apto a rever tal posicionamento, salvo se presente o denominado erro de fato, hipótese que não se confirma no caso dos autos.

Ressai que, a pretexto dos vícios indicados, pretende a parte autora apenas a rediscussão do quadro probatório produzido na lide subjacente, o que é vedado, sob pena de se atribuir à rescisória a finalidade de mero recurso.

Sobre a impossibilidade de manejo de ação rescisória fundada unicamente no inconformismo da parte, é firme a jurisprudência deste colegiado. Nesse sentido: AR 0015332-75.2006.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, julg. 24/01/2013, e-DJF3 22/02/2013; AR 0049770-30.2006.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, julg. 10/05/2012, e-DJF3 21/05/2012; AR 0018516-97.2010.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, julg. 23/02/2012, e-DJF3 06/03/2012; AR 0088493-84.2007.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Leide Polo, julgado em 09/02/2012, e-DJF3 27/02/2012.

Destarte, de rigor a improcedência do pedido formulado na inicial, arcando a autoria com honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado dado à causa, que ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, a teor do Art. 98, § 3º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, JULGO IMPROCEDENTE o pedido de rescisão do julgado.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

EMBARGOS DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL **5004192-14.2018.4.03.6183**

Embargante: RICARDO AILTON DE JESUS SALVIANO
Embargada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
Apelado: RICARDO AILTON DE JESUS SALVIANO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/05/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, INC. II, DO CPC. APOSENTADORIA ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE REAFIRMAÇÃO DA DER. RECONSIDERAÇÃO DO POSICIONAMENTO ANTERIOR. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

I. Incidente de juízo de retratação, nos termos do art. 1.040, inc. II, do CPC.

II. O Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido de que é possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC, observada a causa de pedir.

III. Necessária reforma do aresto anterior, a fim de adequá-lo a jurisprudência pátria.

IV. Embargos de declaração da parte autora acolhidos. Acórdão reformado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu ACOLHER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA PARTE AUTORA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

A parte autora ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vistas à concessão do benefício de aposentadoria especial ou, alternativamente, o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Concedidos os benefícios da Justiça Gratuita.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer parte dos períodos vindicados como atividade especial exercida pelo autor, a fim de conceder-lhe o benefício de aposentadoria especial, a partir da data do requerimento administrativo, qual seja, 19.06.2017. Concedida a tutela antecipada para determinar a imediata implantação da benesse. Consecutórios explicitados. Honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação. Custas na forma da lei.

Inconformado, recorreu o INSS, aduzindo o desacerto da r. sentença, haja vista a ausência de prova técnica do efetivo exercício de atividade especial na integralidade dos períodos assim declarados pelo d. Juízo de Primeiro Grau.

Em decisão monocrática proferida aos 19.09.2018, este Relator deu parcial provimento ao apelo do INSS, a fim de excluir parte dos períodos de atividade especial reconhecidos na r. sentença e, por consequência, alterou a natureza do benefício concedido ao autor para a aposentadoria por tempo de contribuição.

Diante disso, a parte autora opôs embargos de declaração suscitando a omissão no julgado quanto à possibilidade de reafirmação da DER, a fim de viabilizar a concessão do benefício de aposentadoria especial, mais vantajoso ao segurado, mediante o cômputo do período de atividade especial desenvolvido após o requerimento administrativo originário.

Todavia, a Oitava Turma desta E. Corte decidiu, por unanimidade, rejeitar os embargos declaratórios do segurado.

Em face deste decisório, a parte autora interpôs Recurso Especial, aduzindo a possibilidade de consideração do novo PPP fornecido pelo ex-empregador, a fim de demonstrar o exercício de atividade especial após a DER, com o que faria jus a concessão do benefício de aposentadoria especial.

Diante disso, a Vice Presidência desta E. Corte determinou o retorno dos autos a esta C. Turma, para os fins do artigo 1.040, inc. II, do CPC, à vista do julgamento proferido pelo C. STJ no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.727.069/SP.

É o Relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Primeiramente, faz-se necessário considerar que os incs. I e II, do art. 1.022 do Código de Processo Civil dispõem sobre a oposição de embargos de declaração se, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão.

Aduz a parte autora que o julgamento anterior incorreu em omissão, uma vez que desconsiderou a possibilidade de reafirmação da DER, a fim de viabilizar a concessão do benefício de aposentadoria especial.

Nesse contexto, cumpre observar que assiste razão ao demandante.

Isso porque, a questão atinente à possibilidade de reafirmação da DER, a fim de viabilizar o cômputo de período de contribuição desenvolvido após o requerimento administrativo, incluindo-se, se o caso, interstício posterior ao ajuizamento da ação até a data de implemento dos requisitos legais necessários à concessão da benesse (Tema 995), foi recentemente decidida pelo C. Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir.

Diante disso, faz-se necessário considerar os dados contidos no PPP colacionado aos autos, dando conta do exercício de atividade especial pelo requerente no período de 28.04.2016 a 10.04.2018, ou seja, incluindo-se período posterior ao requerimento administrativo (19.06.2017), junto à empresa Opção Gráfica Editora Ltda., eis que submetido, de forma habitual e permanente, a substâncias químicas, tais como, solventes, tintas gráficas, álcool, graxa e lubrificantes, derivadas do hidrocarboneto aromático, o que enseja o enquadramento do período como especial, em face da previsão legal expressa contida no código 1.2.11 do quadro anexo a que se refere o art. 2º do Decreto n.º 53.831/64, bem como no código 1.2.10 do anexo II do Decreto n.º 83.080/79.

DA APOSENTADORIA ESPECIAL

De início, cumpre destacar que a aposentadoria especial está prevista no art. 57, “caput”, da Lei n.º 8.213/91 e 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 n.º 20/98, ou seja, inexistente pedágio ou exigência de idade mínima, assim como não se submete ao fator previdenciário, conforme art. 29, inc. II, da Lei n.º 8.213/91.

Sendo assim, computando-se o período de atividade especial reconhecido em sede administrativa (07.11.1991 a 05.03.1997), somado à integralidade dos períodos de atividade especial declarados em juízo (06.03.1997 a 17.08.2001, 01.02.2002 a 25.04.2014 e de 01.06.2014 a 10.04.2018), observo que até a data de reafirmação da DER reclamada pelo autor, qual seja, 10.04.2018, o segurado, de fato, já havia implementado tempo suficiente de labor em condições insalubres para ensejar a concessão do benefício de aposentadoria especial, com o que há de ser julgado procedente o pedido principal.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data de reafirmação da DER reclamada pelo autor, qual seja, 10.04.2018, ocasião em que o demandante implementou os requisitos legais necessários à concessão da benesse.

Assim, forçoso reconhecer que o acórdão desta Turma merece reforma, pois está em dissonância com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Isto posto, ACOLHO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA PARTE AUTORA, para dar provimento ao pedido de reafirmação da DER e, por consequência, acrescer o período de 28.04.2016 a 10.04.2018, ao cômputo de atividade especial exercida pelo demandante, concedendo-lhe assim, o benefício de aposentadoria especial, a partir da data vindicada em suas razões recursais, qual seja, 10.04.2018, tornada definitiva a tutela antecipada concedida pelo d. Juízo de Primeiro Grau.

Retornem os autos à Vice Presidência.

É como voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0004054-96.2019.4.03.9999

Apelante: M. J. F. H., MARILENE PEREIRA DA MATA, PRISCILLA CRISTINA FRANCO VILELA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. CONCESSÃO. ARTIGO 98, § 3º, DO CPC. SENTENÇA ILÍQUIDA. REEXAME NECESSÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CÔNJUGE SEPARADO JUDICIALMENTE. NÃO BENEFICIÁRIO DE ALIMENTOS. NECESSIDADE ECONÔMICA DEMONSTRADA. DEPENDÊNCIA COMPROVADA. BENEFÍCIO DEVIDO. HABILITAÇÃO TARDIA. TERMO INICIAL. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. VERBA HONORÁRIA.

- Gratuidade de justiça é um instrumento processual que pode ser solicitado ao Juiz da causa tanto no momento inaugural da ação quanto no curso da mesma. A dispensa das despesas processuais é provisória e condicionada à manutenção do estado de pobreza do postulante, podendo ser revogada a qualquer tempo.

- A lei determina a existência de responsabilidade do beneficiário da justiça gratuita pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios quando restar sucumbente, observada a peculiaridade que tal condenação ficará sob condição suspensiva de exigibilidade, nos termos estabelecidos no § 3º do art. 98 do CPC.

- Cabível o reexame necessário, nos termos da Súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça.

- Para a concessão do benefício de pensão por morte é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito; comprovação da qualidade de segurado do de cujus, ou, em caso de perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria.

- A qualidade de segurado do falecido é incontroversa, diante da existência de dependentes habilitados ao recebimento da pensão, com termo inicial na data do óbito do instituidor.

- É devida a pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente, quando o conjunto probatório demonstrar que o falecido auxiliava financeiramente sua ex-esposa, mesmo após a separação judicial e sem que tenha sido fixado judicialmente os alimentos por ocasião da separação.

- Presentes os requisitos legais, é devida a concessão do benefício de pensão por morte (artigo 74 da Lei nº 8.213/91).

- A autora requereu a sua habilitação ao pagamento da pensão por morte em 25/08/2010 (requerimento administrativo -fl. 21). Portanto, o termo inicial do benefício deve ser fixado nesta data, nos termos do art. 76 da Lei 8.213/1991, e conforme a pacífica jurisprudência do STJ..

- Tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária, inclusive, a majoração, deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício, no caso, a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.
- Reexame necessário, tido por interposto, desprovido. Apelação das corres parcialmente provida. Apelação da autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Decima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao reexame necessário, tido por interposto, e dar parcial provimento a apelação das corres e a apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a condenação do INSS ao pagamento do benefício de pensão por morte, sobreveio sentença de procedência do pedido, para condenar o INSS a implantar em favor da parte autora a cota parte do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros a partir da efetiva determinação ao INSS para a implantação do benefício, com juros de mora e correção monetária, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, ainda, condenação das corres ao reembolso de metade das custas e despesas processuais, observada, se for o caso, a gratuidade de justiça.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Apelam as corrés, requerendo a concessão da gratuidade de justiça, bem como a reforma da sentença para que o pedido formulado na inicial seja julgado improcedente diante da não comprovação da qualidade de dependente (fls. 285/295).

Apela, também, a parte autora requerendo a parcial reforma da sentença para que o termo inicial do benefício seja fixado na data do requerimento administrativo (25/08/2010) ou na data do ajuizamento da ação, bem como para majorar os honorários advocatícios (fls. 272/281).

Com contrarrazões do INSS (fls. 318/319) e da autora (fls. 305/316), os autos foram remetidos a este Tribunal.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo provimento da apelação interposta pelas corrés e prejudicada a análise da apelação da parte autora (fls. 325/334).

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

As corrés requerem a concessão da gratuidade de justiça. Alegam que a única fonte de renda que possuem é decorrente do recebimento mensal do valor da pensão por morte. Juntaram aos autos cópia do IR/2016 (fls. 296/301).

O NCPC vigente desde 18/03/2016, diferentemente do CPC/1973, disciplina acerca da gratuidade de justiça, revogando alguns dispositivos da Lei 1.060/50.

Gratuidade de justiça é um instrumento processual que pode ser solicitado ao Juiz da causa tanto no momento inaugural da ação quanto no curso da mesma. A dispensa das despesas processuais é provisória e condicionada à manutenção do estado de pobreza do postulante, podendo ser revogada a qualquer tempo.

Com efeito, dispõe o artigo 99, § 3º, do NCPC:

O pedido de gratuidade de justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

(...)

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Depreende-se, em princípio, que a concessão da gratuidade da justiça depende de simples afirmação da parte, a qual, no entanto, por gozar de presunção *juris tatum* de veracidade, pode ser ilidida por prova em contrário.

Outrossim, o artigo 99, § 2º, do NCPC, determina que o Juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidencie a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade.

No caso específico dos autos, além da cópia do IR/2016 (fls. 296/301), os dados atualizados do MPAS/INSS – Sistema Único de Benefícios DATAPREV, demonstram que o valor da pensão recebida pelas corrés não supera o valor do teto dos benefícios pagos pelo INSS. Além da ausência de atividade laborativa em relação à corrê Priscila Cristina Franco Vilela, desde 01/03/2005.

Portanto, deve ser deferida a gratuidade da justiça às corrés.

Observe, contudo, a existência de responsabilidade do beneficiário da justiça gratuita pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios quando restar sucumbente, observada a peculiaridade que tal condenação ficará sob condição suspensiva de exigibilidade, nos termos estabelecidos no § 3º do art. 98 do CPC.

Recursos recebidos, nos termos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil.

Mostra-se cabível o reexame necessário, nos termos da Súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Objetiva a parte autora a condenação do INSS ao pagamento do benefício de pensão por morte, em razão do óbito do Sr. Nivaldo Portella Herreira, falecido em 29/06/2009 (fl.43).

Nos termos da Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça, “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

A pensão por morte é benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, não sendo exigível o cumprimento de carência, nos termos dos artigos 74 e 26 da Lei nº 8.213/91.

Para a concessão do benefício de pensão por morte é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do

óbito; comprovação da qualidade de segurado do de cujus, ou, em caso de perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria (artigos 15 e 102 da Lei nº 8.213/91; Lei nº 10.666/03).

O óbito de Nivaldo Portella Herreira, ocorrido em 29/06/2009, restou devidamente comprovado por meio de cópia da certidão de óbito (fl. 43).

A qualidade de segurado do falecido é incontroversa, diante da existência de dependentes habilitados ao recebimento da pensão, com termo inicial na data do óbito do instituidor (fls. 124/127, 128/130).

A matéria controvertida, portanto, resume-se à comprovação da dependência econômica da parte autora em relação ao segurado falecido.

O art. 76, § 2º da Lei 8.213/1991, vigente na data do óbito, dispõe que o cônjuge divorciado, separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorre igualmente com os demais dependentes referidos no art. 16, inciso I, da Lei 8.213/91:

Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

(...)

§ 2º O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do Art. 16 desta Lei.

Verifica-se que a autora foi casada com o falecido, mas ocorreu a separação, conforme cópia da sentença proferida nos autos de separação consensual transitada em julgado em 10/09/2007 (fls. 41/42) e da certidão de casamento ocorrido em 30/12/1988, com a devida averbação datada de 01/11/2007, mas sem a estipulação de pagamento de pensão alimentícia à requerente (fls. 27/28).

Contudo, cumpre salientar que o fato de não ter sido estipulado o pagamento de alimentos à requerente, por ocasião da separação, não impede a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte ora requerido. Todavia, a dependência econômica em relação ao ex-cônjuge deve restar efetivamente demonstrada.

Nesse sentido, é a Súmula 336 do Superior Tribunal de Justiça, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, j. 25/04/2007; DJ 07/05/2007, p. 456:

A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.

Assim, conclui-se que a ex-esposa que não é beneficiária de pensão alimentícia precisa comprovar que efetivamente recebia ajuda material de seu ex-cônjuge para poder figurar como dependente e, assim, fazer jus à pensão por morte.

No caso dos autos, a parte autora juntou prova documental da sua dependência econômica em relação ao *de cujus*, consistente em cópia da declaração do IR firmada pelo falecido (fl. 69), junto a empresa empregadora “MPS Indústria Metalúrgica Ltda.”, datada de 03/01/2007, em que ela, juntamente com as duas filhas do falecido figuram como dependentes (fls. 69/72); cópia de recibo de pagamento de salário ao falecido, relativo a competência de 09/2008, com a rubrica de desconto referente ao pagamento de assistência médica e a cópia de carteira de plano de saúde,

em nome postulante, como dependente do segurado falecido, além de empresa prestadora dos serviços de saúde, “HB 3 SAUDE”, informando que o titular do plano era o falecido, com início de vigência do contrato em 01/10/2000 e data do cancelamento em 10/08/2009, bem como que a autora, o falecido e as filhas, eram beneficiários dos serviços médicos do referido plano de saúde (fls. 70/72). Também foi juntada cópia de contrato de locação de imóvel o falecido foi o responsável pelo pagamento do aluguel a “DOUGLAS IMÓVEIS”, de 2006/2009 (fls. 52/58). Consta também em nome da autora despesas como o funeral do ex-marido, junto ao Cemitério Municipal de Mirassol (fls.75/76).

Por sua vez, o documento de fls. 250/253 revela que a despeito de não constar na separação judicial o pagamento de alimentos à autora, é certo que o falecido efetuava o pagamento de pensão alimentícia à requerente em valor destacado do moente fixada judicialmente à filha Juliana.

Em relação ao documento, a corré Priscila Cristina Franco Vilela, em depoimento pessoal, afirmou que o livro com as anotações de pagamento de alimentos à autora pertencia ao falecido e que as anotações ali constantes eram verdadeira e foram feitas por ela (depoente).

Por sua vez, a testemunha Alvanir Marcelino Ramos informou que quando conheceu a requerente ela já estava separada do *de cujus*, mas que o falecido levava, pessoalmente, dinheiro à requente, bem como que ele, o depoente, já chegou a entregar a quantia deixada pelo falecido à autora. Ainda, que tinha conhecimento que era o falecido o responsável pelo pagamento do valor do aluguel do imóvel que a autora e a filha residiam.

A testemunha José Osmar Rigonato confirmou os dados do contrato de locação juntado aos autos pela autora, bem como que após a separação do casal, a autora continuou residindo no imóvel e que o pagamento do aluguel era realizado diretamente na imobiliária pelo falecido.

No seu depoimento, a testemunha Maria Suely de Souza afirmou conhecer a autora havia cerca de 16 anos, pois era cliente da ótica onde trabalha, bem como que após a separação, o ex-marido da autora continuou responsável pelo pagamento dos serviços óticos prestados à autora.

Dessa forma, tenho que diante do quadro probatório, é possível inferir que o falecido auxiliava financeiramente sua ex-esposa, mesmo após a separação judicial, inclusive, com o pagamento de pensão.

Anoto que o fato de a autora receber benefício previdenciário de aposentadoria por idade desde 2013 (fls. 112) não infirma a sua condição de dependente econômica, uma vez que não se faz necessário que essa dependência seja exclusiva, podendo, de toda sorte, ser concorrente.

Diante do exposto, presentes os requisitos legais, é devida a concessão do benefício de pensão por morte (artigo 74 da Lei nº 8.213/91).

Quanto ao termo inicial do benefício, de fato, o INSS não pode ser obrigado a pagar duas vezes o benefício, quando já houve dependentes previamente habilitados ao pagamento da pensão, nos termos do art. 76, *caput*, da Lei 8.213/91:

Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

Com relação à matéria, o Superior Tribunal de Justiça alterando a sua jurisprudência na interpretação do art. 76 da Lei 8.213/1991, assentou o entendimento de que a habilitação

tardia, mesmo em se tratando absolutamente incapaz, deve gerar efeitos somente a contar da efetiva habilitação:

PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA DE DEPENDENTE. MENOR. EXISTÊNCIA DE BENEFICIÁRIOS PREVIAMENTE HABILITADOS. ART. 76 DA LEI 8.213/1991. EFEITOS FINANCEIROS. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de o recorrido, menor de idade, receber as diferenças da pensão por morte, compreendidas entre a data do óbito e a data da implantação administrativa, considerando que requereu o benefício após o prazo de trinta dias previsto no artigo 74, I, da Lei 8.213/1991 e que havia prévia habilitação de outro dependente.

2. Com efeito, o STJ orienta-se que, como regra geral, comprovada a absoluta incapacidade do requerente da pensão por morte, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor do benefício, ainda que não postulado administrativamente no prazo de trinta dias.

3. Contudo, o STJ excepciona esse entendimento, de forma que o dependente incapaz não tem direito ao recebimento do referido benefício a partir da data do falecimento do instituidor se outros dependentes já recebiam o benefício. Evita-se, assim, que a Autarquia previdenciária seja condenada duplamente a pagar o valor da pensão. Precedentes: AgInt no REsp 1.590.218/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8.6.2016, e AgRg no REsp 1.523.326/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/12/2015; REsp 1.371.006/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 17.2.2017; REsp 1.377.720/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 5.8.2013; e REsp 1.479.948/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17.10.2016.

4. De acordo com o art. 76 da Lei 8.213/1991, a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar desse episódio, de modo que não há falar em efeitos financeiros para momento anterior à inclusão do dependente.

5. A concessão do benefício para momento anterior à habilitação, na forma estipulada pelo acórdão recorrido, acarretaria, além da inobservância dos arts. 74 e 76 da Lei 8.213/91, inevitável prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar duplamente o valor da pensão, devendo ser preservado o orçamento da Seguridade Social para garantir o cumprimento das coberturas previdenciárias legais a toda a base de segurados do sistema.

6. Recurso Especial provido

(REsp 1655424/RJ REsp 2017/0029224-4, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 21/11/2017, DJe 19/12/2017);

PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA DE DEPENDENTE. ART. 76 DA LEI 8.213/1991. EFEITOS FINANCEIROS. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. REGIME PRESCRICIONAL. ART. 198, I, DO CC. INAPLICABILIDADE.

1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o direito à percepção de pensão por morte em período anterior à habilitação tardia da dependente incapaz, independentemente de o pai desta já receber a integralidade desde o óbito da instituidora do benefício (13.3.1994).

2. Comprovada a absoluta incapacidade do requerente, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor da pensão, ainda que não postulado administrativamente no prazo de trinta dias. Precedentes: REsp 1.405.909/AL, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 22.5.2014, DJe 9.9.2014; AgRg no AREsp 269.887/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 11.3.2014, DJe 21.3.2014; REsp 1.354.689/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25.2.2014, DJe 11.3.2014.

3. Tratando-se de benefício previdenciário, a expressão “pensionista menor” identifica situação que só desaparece com a maioridade, nos termos do art. 5º do Código Civil.
4. De acordo com o art. 76 da Lei 8.213/91, a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar desse episódio, de modo que não há falar em repercussão financeira para momento anterior à inclusão do dependente.
5. A concessão do benefício para momento anterior à habilitação do autor acarretaria, além da inobservância dos arts. 74 e 76 da Lei 8.213/91, inevitável prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar duplamente o valor da pensão.
6. A propósito: AgRg no REsp 1.523.326/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.12.2015; AgInt no AREsp 850.129/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.5.2016; Resp 1.377.720/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 5.8.2013; e REsp 1.513.977/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5.8.2015.
7. Recurso Especial parcialmente provido
(REsp 1479948/RS, REsp2014/0229384-8, Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 22/09/2016, DJe 17/10/2016);

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA. MENOR. EXISTÊNCIA DE BENEFICIÁRIO HABILITADO. EFEITOS FINANCEIROS. DATA DO REQUERIMENTO. PRECEDENTES.

1. Discute-se nos autos a percepção de parcelas atrasadas referentes à pensão por morte compreendida no período entre a data do óbito do instituidor e a efetiva implementação do benefício, no caso de habilitação tardia de menor.
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possuía entendimento segundo o qual o termo inicial da pensão por morte, tratando-se de dependente absolutamente incapaz, deve ser fixado na data do óbito do segurado, mesmo em caso de habilitação tardia, não incidindo, portanto, o disposto no art. 76 da Lei 8.213/91.
3. Contudo, a Segunda Turma do STJ iniciou um realinhamento da jurisprudência do STJ no sentido de que o dependente incapaz que não pleiteia a pensão por morte no prazo de trinta dias a contar da data do óbito do segurado (art. 74 da Lei 8.213/91) não tem direito ao recebimento do referido benefício a partir da data do falecimento do instituidor, considerando que outros dependentes, integrantes do mesmo núcleo familiar, já recebiam o benefício, evitando-se a dupla condenação da autarquia previdenciária.
4. Precedentes: AgRg no REsp 1.523.326/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 18/12/2015; REsp 1.513.977/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 23/6/2015, DJe 5/8/2015. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1590218 / SP, AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL, 2016/0067858-0 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS, Data do Julgamento 02/06/2016, Data da Publicação/Fonte DJe 08/06/2016).

No caso dos autos, as corrés PRISCILA CRISTINA FRANCO VILELA (companheira) do segurado falecido e MARIA JULIA FRANCO HERREIRA (filha) do segurado falecido (fls. 124/127) foram habilitadas anteriormente ao recebimento desde a data do óbito do instituidor. Da mesma forma, a filha da autora (JULIANA DA MATA HERREIRA) também recebeu o benefício de 29/06/2009 até 18/08/2010, quando atingiu a maioridade (fl. 128/130).

Verifica-se que a autora requereu a sua habilitação ao pagamento da pensão por morte em 25/08/2010 (requerimento administrativo - fl. 21). Assim, o termo inicial do benefício deve ser fixado nesta data, pois a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na interpretação do art. 76 da Lei 8.213/1991, é no sentido de que, havendo habilitação tardia,

o termo inicial do benefício e os efeitos financeiros não pode retroagir para data anterior a efetiva habilitação, quando houver dependentes já habilitados ao pagamento da pensão.

Tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária, inclusive, a majoração, deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício, no caso, a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Por fim, quanto ao requerimento da parte autora de condenação das correções ao pagamento de multa por litigância de má fé, nada a prover, pois ausentes os elementos caracterizadores das condutas descritas no art. 80 do Código de Processo Civil/2015.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO, TIDO POR INTERPOSTO E DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DAS CORRES** para deferir a gratuidade de justiça, nos termos da fundamentação e **À APELAÇÃO DA AUTORA** para fixar o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo (25/08/2010), bem como a verba honorária, na forma da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5000806-16.2019.4.03.6126

Apelante: DAVI NASCIMENTO SANTOS
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/04/2020

EMENTA

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA. BENEFÍCIO CONCEDIDO. EXPOSIÇÃO A SÍLICA. PREVISÃO LEGAL.

1. A ação mandamental pode ser utilizada em matéria previdenciária, desde que vinculada ao deslinde de questões unicamente de direito ou que possam ser comprovadas, exclusivamente, por meio de prova documental apresentada de plano pela parte impetrante para a demonstração de seu direito líquido e certo.
2. Dispõe o art. 57 da Lei nº 8.213/91 que a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15, 20 ou 25 anos, conforme dispuser a Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032/1995)
3. Computando-se o período de atividade especial ora reconhecido, convertido em tempo de serviço comum, somados aos períodos incontroversos homologados pelo INSS até a data do requerimento administrativo em 26/06/2018 (DER – id 84780346 - Pág. 20) perfazem-se *37 (trinta e sete) anos, 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias*, conforme planilha anexa, suficientes à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral, prevista no artigo 53, inciso II da Lei nº 8.213/91, com renda mensal de 100% (cem por cento) do salário de contribuição, com valor a ser calculado nos termos do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99.
4. Cumpridos os requisitos legais, faz jus o impetrante à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição desde a DER em 26/06/2018, momento em que o INSS ficou ciente da pretensão.
5. Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, apliquem-se os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.
6. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.
7. Cabe ressaltar que as parcelas vencidas entre a data do requerimento administrativo e a impetração do *mandamus* deverão ser reclamadas administrativamente ou por via judicial própria, nos termos do artigo 14, § 4º, da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas do STF (Enunciados 269 e 271), tendo em vista que o mandado de segurança não é o meio adequado à cobrança de valores em atraso, nem pode criar efeitos financeiros pretéritos.
8. Apelação do impetrante parcialmente provida. Benefício concedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação do impetrante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO (RELATOR):

Trata-se de *writ* impetrado por DAVI NASCIMENTO SANTOS em face de ato atribuído ao Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em Santo André/SP, objetivando que seja a autoridade impetrada determinada a reconhecer a atividade especial exercida no período de 11/10/1990 a 30/09/2003, concedendo-lhe a aposentadoria por tempo de contribuição desde o requerimento administrativo.

A r. sentença julgou improcede o pedido e denegou a segurança pleiteada, declarando extinto o processo, com resolução do mérito, a teor do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que o P.P.P. sonegou informações obrigatórias, impedindo a adequada análise de período especial, não sendo considerado o período. Sem honorários, nos moldes do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009. Custas “ex lege”.

Sentença não sujeita a reexame necessário conforme artigo 14 da Lei nº 12.016/2009.

O impetrante interpôs apelação alegando que a sílica é um agente nocivo, constante na poeira mineral, enquadrada no código 1.2.10 do Decreto n. 53.831/64 e 1.2.12 do Decreto n. 83.080/79 para períodos trabalhados anteriores a 1998 e ainda, no código 1.0.18 do Decreto n. 3.048/99 para períodos posteriores a 1998. Aduz que a exposição ao agente agressivo SÍLICA é enquadrável independentemente do campo de atuação da empresa ou da função exercida pelo segurado, bastando apenas sua exposição de forma habitual e permanente, não ocasional nem intermitente, que é o caso dos autos, constante do PPP informação da habitualidade e permanência. Alega que a Sílica é agente nocivo constante na LINACH, Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos, constante no Anexo, Grupo I, agente cancerígeno, altamente tóxico e prejudicial à saúde do trabalhador. Requer seja reformada a r. decisão singular para que seja considerado como trabalhado em condições especiais o período de 11/0/1990 a 30/09/2003, por exposição a sílica, para que, somando-se aos demais períodos já reconhecidos, totalizam mais de 35 anos até a DER 26/06/2018, efetuando o pagamento das parcelas vencidas, até o término da presente ação, acrescidas de juros moratórios, correção monetária (Manual de cálculos da Justiça Federal em vigor, Res. 267/13) e por fim, seja majorado os honorários advocatícios à base de 20% até a data do acórdão, conforme prevê o art. 85 do CPC, em favor do Apelante.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte, ocasião em que o Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO (RELATOR):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

O mandado de segurança é a ação constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Magna, cabível somente em casos de afronta a direito líquido e certo, conforme se depreende de seu texto: “*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*”.

A ação mandamental pode ser utilizada em matéria previdenciária, desde que vinculada ao deslinde de questões unicamente de direito ou que possam ser comprovadas, exclusivamente, por meio de prova documental apresentada de plano pela parte impetrante para a demonstração de seu direito líquido e certo.

Observo pelos documentos juntados à id 84780344 - Pág. 16/19 que o “writ” veio instruído com a prova pré-constituída necessária à comprovação do direito vindicado pelo impetrante.

O autor impetrou o *writ* para fins de homologação da atividade especial exercida de 11/10/1990 a 30/09/2003 junto à empresa GE Power & Water Equipamentos e Serviços de Energia e Tratamento de Água Ltda., afirmando que somado aos demais períodos comuns já homologados no processo administrativo, totaliza 37 anos, 03 meses e 28 dias, suficientes para conceder a aposentadoria por tempo de contribuição integral NB 42/189.568.390-1, com DER em 26/06/2018.

Portanto, a controvérsia nos presentes autos se restringe ao reconhecimento da atividade especial no período acima indicado.

Da Aposentadoria por Tempo de Contribuição:

A concessão da aposentadoria por tempo de serviço, hoje tempo de contribuição, está condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91.

A par do tempo de serviço/contribuição, deve também o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu artigo 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 (cento e oitenta) exigidos pela regra permanente do citado artigo 25, inciso II.

Para aqueles que implementaram os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço até a data de publicação da EC nº 20/98 (16/12/1998), fica assegurada a percepção do benefício, na forma integral ou proporcional, conforme o caso, com base nas regras anteriores ao referido diploma legal.

Por sua vez, para os segurados já filiados à Previdência Social, mas que não implementaram os requisitos para a percepção da aposentadoria por tempo de serviço antes da sua entrada em vigor, a EC nº 20/98 impôs as seguintes condições, em seu artigo 9º, incisos I e II.

Ressalte-se, contudo, que as regras de transição previstas no artigo 9º, incisos I e II, da EC nº 20/98 aplicam-se somente para a aposentadoria proporcional por tempo de serviço, e não para a integral, uma vez que tais requisitos não foram previstos nas regras permanentes para obtenção do referido benefício.

Desse modo, caso o segurado complete o tempo suficiente para a percepção da aposentadoria na forma integral, faz jus ao benefício independentemente de cumprimento do requisito etário e do período adicional de contribuição, previstos no artigo 9º da EC nº 20/98.

Por sua vez, para aqueles filiados à Previdência Social após a EC nº 20/98, não há mais possibilidade de percepção da aposentadoria proporcional, mas apenas na forma integral, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e de 30 (trinta) anos, para as mulheres.

Portanto, atualmente vigoram as seguintes regras para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição:

1) Segurados filiados à Previdência Social antes da EC nº 20/98:

a) têm direito à aposentadoria (integral ou proporcional), calculada com base nas regras anteriores à EC nº 20/98, desde que cumprida a carência do artigo 25 c/c 142 da Lei nº 8.213/91, e o tempo de serviço/contribuição dos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91 até 16/12/1998;

b) têm direito à aposentadoria proporcional, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que cumprida a carência do artigo 25 c/c 142 da Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço/contribuição dos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91, além dos requisitos adicionais do art. 9º da EC nº 20/98 (idade mínima e período adicional de contribuição de 40%);

c) têm direito à aposentadoria integral, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e de 30 (trinta) anos, para as mulheres;

2) Segurados filiados à Previdência Social após a EC nº 20/98:

- têm direito somente à aposentadoria integral, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e 30 (trinta) anos, para as mulheres.

Atividade Especial:

A aposentadoria especial foi instituída pelo artigo 31 da Lei nº 3.807/60.

Por sua vez, dispõe o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 que a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

O critério de especificação da categoria profissional com base na penosidade, insalubridade ou periculosidade, definidas por Decreto do Poder Executivo, foi mantido até a edição da Lei nº 8.213/91, ou seja, as atividades que se enquadrassem no decreto baixado pelo Poder Executivo seriam consideradas penosas, insalubres ou perigosas, independentemente de comprovação por laudo técnico, bastando, assim, a anotação da função em CTPS ou a elaboração do então denominado informativo SB-40.

Foram baixados pelo Poder Executivo os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, relacionando os serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos.

Embora o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 tenha limitado a aposentadoria especial às atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, o critério anterior continuou ainda prevalecendo.

De notar que, da edição da Lei nº 3.807/60 até a última CLPS, que antecedeu à Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço especial foi sempre definido com base nas atividades que se enquadrassem no decreto baixado pelo Poder Executivo como penosas, insalubres ou perigosas, independentemente de comprovação por laudo técnico.

A própria Lei nº 8.213/91, em suas disposições finais e transitórias, estabeleceu, em seu artigo 152, que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física deverá ser submetida à apreciação do Congresso Nacional, prevalecendo, até então, a lista constante da legislação em vigor para aposentadoria especial.

Os agentes prejudiciais à saúde foram relacionados no Decreto nº 2.172, de 05/03/1997 (art. 66 e Anexo IV), mas por se tratar de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997.

Destaque-se que o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, deixou de fazer alusão a serviços considerados perigosos, insalubres ou penosos, passando a mencionar apenas atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, sendo que o artigo 58 do mesmo diploma legal, também em sua redação original, estabelecia que a relação dessas atividades seria objeto de lei específica.

A redação original do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 foi alterada pela Lei nº 9.032/95 sem que até então tivesse sido editada lei que estabelecesse a relação das atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, não havendo dúvidas até então que continuavam em vigor os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência: STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482.

É de se ressaltar, quanto ao nível de ruído, que a jurisprudência já reconheceu que o Decreto nº 53.831/64 e o Decreto nº 83.080/79 vigoram de forma simultânea, ou seja, não houve revogação daquela legislação por esta, de forma que, constatando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado (STJ - REsp. n. 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355).

O Decreto nº 2.172/97, que revogou os dois outros decretos anteriormente citados, passou a considerar o nível de ruídos superior a 90 dB(A) como prejudicial à saúde.

Por tais razões, até ser editado o Decreto nº 2.172/97, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 dB(A) como agente nocivo à saúde.

Todavia, com o Decreto nº 4.882, de 18/11/2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal decreto esse nível voltou a ser de 85 dB(A) (art. 2º do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99).

Houve, assim, um abrandamento da norma até então vigente, a qual considerava como agente agressivo à saúde a exposição acima de 90 dB(A), razão pela qual vinha adotando o entendimento segundo o qual o nível de ruídos superior a 85 dB(A) a partir de 05/03/1997 caracterizava a atividade como especial.

Ocorre que o C. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.398.260/PR, sob o rito do artigo 543-C do CPC, decidiu não ser possível a aplicação retroativa do Decreto nº 4.882/03, de

modo que no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, em consideração ao princípio *tempus regit actum*, a atividade somente será considerada especial quando o ruído for superior a 90 dB(A).

Nesse sentido, segue a ementa do referido julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC

1. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.

2. O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ. Caso concreto

3. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço decorrente da supressão do acréscimo da especialidade do período controvertido não prejudica a concessão da aposentadoria integral.

4. Recurso Especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

(STJ, REsp 1398260/PR, Primeira Seção, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 05/12/2014)

Destaco, ainda, que o uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido, precedentes desta E. Corte (AC nº 2000.03.99.031362-0/SP; 1ª Turma; Rel. Des. Fed. André Nekatschalow; v.u.; J. 19.08.2002; DJU 18.11) e do Colendo Superior Tribunal de Justiça: REsp 584.859/ES, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/08/2005, DJ 05/09/2005 p. 458).

No presente caso, da análise do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP juntado aos autos e, de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, a parte impetrante comprovou o exercício da atividade especial no período de:

- 11/10/1990 a 30/09/2003, vez que trabalhou como auxiliar de laboratório, técnico de laboratório, pesquisador e químico, exposto de modo habitual e permanente a agentes químicos (sílica cristalina – quartzo), enquadrado no código 1.2.10, Anexo III do Decreto nº 53.831/64, código 1.2.12, Anexo I do Decreto nº 83.080/79 e código 1.0.18, Anexo IV do Decreto nº 2.172/97 (id 84780344 - Pág. 16/19)

Sendo o requerimento do benefício posterior à Lei 8.213/91, deve ser aplicado o fator de conversão de 1,40, mais favorável ao segurado, como determina o artigo 70 do Decreto nº 3048/99, com a redação dada pelo Decreto nº 4.827/03.

Desse modo, computando-se o período de atividade especial ora reconhecido, convertido em tempo de serviço comum, somados aos períodos incontroversos homologados pelo INSS até a data do requerimento administrativo em 26/06/2018 (DER – id 84780346 - Pág. 20) perfazem-se 37 (trinta e sete) anos, 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias, conforme planilha ane-

xa, suficientes à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral, prevista no artigo 53, inciso II da Lei nº 8.213/91, com renda mensal de 100% (cem por cento) do salário de contribuição, com valor a ser calculado nos termos do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Portanto, cumpridos os requisitos legais, faz jus o impetrante à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição desde a DER em 26/06/2018, momento em que o INSS ficou ciente da pretensão.

Impõe-se, por isso, a procedência da pretensão e, por conseguinte, a concessão da segurança pleiteada para determinar a implantação do benefício em questão NB 42/189.568.390-1 (aposentadoria por tempo de contribuição integral), desde a DER em 26/06/2018, pelo que determino a expedição de ofício ao INSS, com os documentos necessários para as providências cabíveis, independentemente do trânsito em julgado.

Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, apliquem-se os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Cabe ressaltar que as parcelas vencidas entre a data do requerimento administrativo e a impetração do mandamus deverão ser reclamadas administrativamente ou por via judicial própria, nos termos do artigo 14, § 4º, da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas do STF (Enunciados 269 e 271), tendo em vista que o mandado de segurança não é o meio adequado à cobrança de valores em atraso, nem pode criar efeitos financeiros pretéritos.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do impetrante para reconhecer a atividade especial exercida de 11/10/1990 a 30/09/2003 e conceder-lhe o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição desde a DER, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**5793788-29.2019.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: CRISTOVAM APARECIDO DE BRITO DE OLIVEIRA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2020

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. ATIVIDADE ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. PADEIRO. LAVOURA CANAVIEIRA. CATEGORIA PROFISSIONAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - 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.

II - Em se tratando de matéria reservada à lei, o Decreto 2.172/1997 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: *STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482.*

III - 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 ou CTPS.

IV - Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao Colendo STJ que, no julgamento do Recurso especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC/1973, atualmente previsto no artigo 1.036 do Novo Código de Processo Civil de 2015, Recurso especial Repetitivo, fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis (REsp 1398260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

V - Está pacificado no E. STJ (Resp 1398260/PR) o entendimento de que a norma que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação, devendo, assim, ser observado o limite de 90 decibéis no período de 06.03.1997 a 18.11.2003.

VI - Especificamente sobre o reconhecimento de atividade especial de trabalhador rural em corte de cana-de-açúcar, por equiparação à categoria profissional prevista no código 2.2.1 do Decreto 53.831/1964, revejo posicionamento anterior, pois o C.STJ, no julgamento referente ao Tema 694, Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 452-PE (2017/0260257-3), fixou a tese no sentido de não equiparar à categoria profissional de agropecuária a atividade exercida por empregado rural na lavoura de cana-de-açúcar.

VII – As atividades de auxiliar de padeiro e padeiro não podem ser enquadradas aos códigos 2.5.1, 2.5.2 ou 2.5.5 do Decreto nº 83.080/79, eis que se referem aos trabalha-

dores que exerciam suas atividades em indústrias metalúrgicas, de vidros, de cerâmica ou de plástico. Precedente: *TRF3, AC 0025280-02.2015.4.03.9999/SP, Sétima Turma, Rel. Des. Federal Paulo Domingues, DJ 24.09.2018, DJe 04.10.2018.*

VIII - Afastado o cômputo especial dos lapsos de 01.07.1984 a 30.11.1990 e 01.02.1991 a 28.04.1995, bem como ser mantida a averbação, como tempo de serviço comum do átimo de 29.04.1995 a 28.02.1997, porquanto o autor esteve exposto a ruído e a calor em níveis inferiores aos limites de tolerância, conforme previsto nos códigos 1.1.1 e 1.1.6 do Decreto nº 53.831/1964.

IX - Mantida a contagem administrativa realizada em 17.08.2015, data do requerimento administrativo, insuficiente à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, ainda que na modalidade proporcional

X - Honorários advocatícios em favor do INSS fixado em R\$ 1.000,00, conforme previsto no artigo 85, §§ 4º, III, e 8º, do CPC e de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

XI - Remessa oficial não conhecida. Apelo do réu provido. Apelação do autor improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egregia Decima Turma do Tribunal Regional Federal da 3 Região, por unanimidade, não conhecer da remessa oficial, dar provimento a apelação do réu e negar provimento ao apelo do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Trata-se de remessa oficial e apelações em face de sentença pela qual foi julgado parcialmente procedente o pedido inicial para reconhecer o tempo de serviço especial prestado nos períodos de 01.07.1984 a 30.11.1990 e 01.02.1991 a 28.04.1995. Determinou a implantação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da data do último requerimento administrativo (17.08.2015). As diferenças vencidas deverão ser corrigidas monetariamente a partir de cada vencimento pelo INPC e acrescidas de juros de mora mensais a partir da citação, fixados segundo a remuneração da Caderneta de Poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (com redação dada pela Lei nº 11.960/09). A partir da inscrição do crédito em RPV/Precatório, a correção monetária seguirá o IPCA-E. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor do somatório das prestações vencidas e não pagas até a sentença, observado o quinquídio legal, devidamente atualizadas com base nos índices oficiais nos moldes acima estabelecidos. Sem custas.

Em suas razões recursais, o réu argumenta ser indevida a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, já que o autor é titular de aposentadoria desde 17.01.2018, nos termos do artigo 124, inciso I, da Lei n. 8.213/1991. Aduz que a atividade

de padeiro não pode ser enquadrada como especial, vez que o código 2.5.1 do Decreto n. 83.080/1979 restringe-se aos forneiros de indústrias metalúrgicas e mecânicas. Defende que o PPP acostado aos autos indica a exposição a calor abaixo dos limites de tolerância e de modo intermitente. Consequentemente, sustenta que o autor não computou tempo de serviço suficiente para concessão do benefício almejado. Subsidiariamente, requer a aplicação dos critérios de correção monetária previstos na Lei n. 11.960/2009. Argumenta que a tese fixada no RE n. 870.947/SE não transitou em julgado, sendo certo que foi deferido efeito suspensivo até o julgamento dos embargos declaratórios. Prequestiona a matéria para fins de acesso às instâncias recursais superiores.

Por sua vez, o autor, em sede de apelação, requer a reforma parcial da sentença para que seja reconhecido o labor especial desempenhado nos períodos de 03.05.1983 a 30.06.1984 (corte manual de cana-de-açúcar) e 29.04.1995 a 28.02.1997 (padeiro), porquanto esteve exposto a agentes nocivos à sua saúde/integridade física. Pugna, ainda, que o termo inicial do benefício seja fixado na data do primeiro requerimento administrativo (10.06.2014) ou no momento em que implementados os requisitos necessários à jubilação. Por fim, requer a condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios de 15% das parcelas vencidas.

Com contrarrazões pelo autor, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

Nos termos do artigo 1.011 do Novo CPC/2015, recebo as apelações interpostas pelo réu e pelo autor.

Da remessa oficial

Tendo em vista julgado proferido pelo C. STJ, ao apreciar o REsp 1.735.097/RS (08/10/2019), Rel. Min. Gurgel de Faria, entendendo que “não obstante a aparente iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos, os quais são expressamente previstos na lei de regência, e são realizados pelo próprio INSS”, e observando-se o disposto no artigo 496, §3º, I do CPC, não conheço da remessa oficial.

Do mérito

Em petição inicial, busca o autor, nascido em 23.07.1967, o reconhecimento da especialidade dos períodos de 03.05.1983 a 30.06.1984, 01.07.1984 a 30.11.1990 e 01.02.1991 a 28.02.1997. Consequentemente, requer a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, desde a data do primeiro requerimento administrativo (10.06.2014) ou da segunda DER (17.08.2015).

Inicialmente, importa anotar que o INSS procedeu, administrativamente, o cômputo especial dos intervalos de 01.12.1990 a 31.01.1991 e 19.11.2003 a 03.05.2011, conforme contagem administrativa (id 73780156 - Págs. 19/21), restando, pois, incontroversos.

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.

Em se tratando de matéria reservada à lei, o Decreto 2.172/1997 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: *STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini; 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 ou CTPS.

Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao Colendo STJ que, no julgamento do Recurso Especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC/1973, atualmente previsto no artigo 1.036 do Novo Código de Processo Civil de 2015, Recurso especial Repetitivo, fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis (REsp 1398260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Está pacificado no E. STJ (Resp 1398260/PR) o entendimento de que a norma que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação, devendo, assim, ser observado o limite de 90 decibéis no período de 06.03.1997 a 18.11.2003.

Especificamente sobre o reconhecimento de atividade especial de trabalhador rural em corte de cana-de-açúcar, por equiparação à categoria profissional prevista no código 2.2.1 do Decreto 53.831/1964, revejo posicionamento anterior, pois o C.STJ, no julgamento referente ao Tema 694, Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 452-PE (2017/0260257-3), fixou a tese no sentido de não equiparar à categoria profissional de agropecuária a atividade exercida por empregado rural na lavoura de cana-de-açúcar, conforme ementa abaixo transcrita:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. EMPREGADO RURAL. LAVOURA DA CANA-DE-AÇÚCAR. EQUIPARAÇÃO. CATEGORIA PROFISSIONAL. ATIVIDADE AGROPECUÁRIA. DECRETO 53.831/1964. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Trata-se, na origem, de Ação de Concessão de Aposentadoria por Tempo de Contribuição em que a parte requerida pleiteia a conversão de tempo especial em comum de período em que trabalhou na Usina Bom Jesus (18.8.1975 a 27.4.1995) na lavoura da cana-de-açúcar como empregado rural.

2. O ponto controvertido da presente análise é se o trabalhador rural da lavoura da cana-de-açúcar empregado rural poderia ou não ser enquadrado na categoria profissional de trabalhador da agropecuária constante no item 2.2.1 do Decreto 53.831/1964 vigente à época da prestação dos serviços.

3. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor.

Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC (Tema 694 - REsp 1398260/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 5/12/2014).

4. O STJ possui precedentes no sentido de que o trabalhador rural (seja empregado rural ou segurado especial) que não demonstre o exercício de seu labor na agropecuária, nos termos do enquadramento por categoria profissional vigente até a edição da Lei 9.032/1995, não possui o direito subjetivo à conversão ou contagem como tempo especial para fins de aposentadoria

por tempo de serviço/contribuição ou aposentadoria especial, respectivamente. A propósito: AgInt no AREsp 928.224/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8/11/2016; AgInt no AREsp 860.631/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/6/2016; REsp 1.309.245/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 22/10/2015; AgRg no REsp 1.084.268/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 13/3/2013; AgRg no REsp 1.217.756/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/9/2012; AgRg nos EDcl no AREsp 8.138/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 9/11/2011; AgRg no REsp 1.208.587/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 13/10/2011; AgRg no REsp 909.036/SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 12/11/2007, p. 329; REsp 291.404/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 2/8/2004, p. 576.

5. Pedido de Uniformização de Jurisprudência de Lei procedente para não equiparar a categoria profissional de agropecuária à atividade exercida pelo empregado rural na lavoura da cana-de-açúcar.

(PUIL 452/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2019, DJe 14/06/2019)

Portanto, no caso em análise, deve ser mantido o cômputo comum do período de 03.05.1983 a 30.06.1984 (PPP de id 73780153 - Págs. 33/34), em que o autor laborou na lavoura canavieira junto à *Servita – Serviços e Empreitadas Rurais S/C Ltda.*, porquanto tal atividade não pode ser equiparada à categoria profissional de agropecuária (código 2.2.1 do Decreto n. 53.831/1964), em consonância com o novo entendimento do STJ, supramencionado. Ademais, o formulário previdenciário não indica qualquer contato com agentes agressivos, sendo que exposição a intempéries, não justifica, por si só, a contagem especial para fins previdenciários.

Quanto ao labor desempenhado na *Comercial Lima Figueiredo S/A*, extrai-se dos PPP's juntado aos autos (id 73780153 - Págs. 35/40), que o segurado exerceu os cargos de auxiliar de padeiro (01.07.1984 a 30.11.1990) e padeiro (01.02.1991 a 28.02.1997), sem exposição a fatores de risco.

Em complemento, foi realizada perícia judicial (laudo de id 73780287 - Págs. 01/06), tendo o Sr. Expert esclarecido que a inspeção foi realizada na Fábrica de Aditivos e na Confeitaria Itaiquara, já que o local de trabalho do interessado está inativo. Aferiu que o demandante, no exercício do cargo de padeiro, esteve exposto a ruído de 76 decibéis, bem como a calor de 25,1°C, e, portanto, abaixo do limite de tolerância de 30°C, para um metabolismo de 200 kcal/h. Ao final, concluiu que o requerente laborou em condições salubres.

Saliento que as aferições vertidas no laudo pericial devem prevalecer, pois foi levada em consideração a experiência técnica do Perito Judicial, bem como baseada nas atividades e funções exercidas pelo autor, tendo sido emitido por profissional habilitado (engenheiro de segurança do trabalho) equidistante das partes, não tendo as partes demonstrado qualquer vício a elidir suas conclusões.

Destarte, deve ser afastado o cômputo especial dos lapsos de 01.07.1984 a 30.11.1990 e 01.02.1991 a 28.04.1995, bem como deve ser mantida a averbação, como tempo de serviço comum, do átimo de 29.04.1995 a 28.02.1997, porquanto o autor esteve exposto a ruído (76dB) e a calor (25,1°C) em níveis inferiores aos limites de tolerância, conforme previsto nos códigos 1.1.1 e 1.1.6 do Decreto nº 53.831/1964.

Outrossim, as atividades de auxiliar de padeiro e padeiro não podem ser enquadradas aos códigos 2.5.1, 2.5.2 ou 2.5.5 do Decreto nº 83.080/79 (operadores de forno), eis que se referem a trabalhadores que exerciam suas atividades em indústrias metalúrgicas, de vidros, de cerâmica ou de plástico, não sendo este o caso dos autos. Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente firmado por esta E. Corte:

(...) Quanto ao reconhecimento da insalubridade, os períodos compreendidos entre 01.01.69 a 10.08.71, laborado na função de serviços diversos na J. A. Fernandes & Cia. Ltda.; 01.11.71 a 10.12.73, laborado na função de servente de padeiro na mesma empresa; 01.03.81 a 18.05.81 e de 23.07.88 a 20.09.88, laborados ambos na função de padeiro na S/A Antônio Cândido Baptista Mercantil e Importadora; 15.10.88 a 12.12.88, laborado na função de padeiro na Júnior Produtos Alimentares Ltda.; 02.04.91 a 01.03.99, laborado na função de padeiro na Madeu & Costa Ltda. e de 23.10.2000 a 01.09.2001, laborado na *função de padeiro* na Ataíde Manoel de Oliveira - EPP, *são inviáveis de ser reconhecidos como especiais, por enquadramento pela categoria profissional, ante a ausência de previsão legal das ocupações na legislação de regência da matéria* (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79), bem assim por não restar comprovada a exposição habitual e permanente a quaisquer agentes nocivos, consoante documentos (anotações em CTPS, formulários DSS-8030) de fls. 29, 33, 51, 61 e 87/88 e prova pericial realizada em juízo (fls. 164/184). (...) (TRF3, AC 0025280-02.2015.4.03.9999/SP, Sétima Turma, Rel. Des. Federal Paulo Domingues, DJ 24.09.2018, DJe 04.10.2018). (grifei)

Portanto, deve ser mantida a contagem administrativa, a qual apurou que o autor totalizou *14 anos, 09 meses e 07 dias de tempo de serviço até 15.12.1998 e 32 anos e 07 de tempo de contribuição até 17.08.2015*, data do requerimento administrativo, insuficiente à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. Ademais, à referida data, o requerente, não havia cumprido o requisito etário, eis que contava com apenas 48 anos de idade, tampouco cumpria o pedágio previsto na E.C. nº 20/98, no caso em tela, correspondente a 06 anos, 01 mês e 03 dias, não fazendo *jus*, portanto, à concessão do benefício pleiteado, ainda que na modalidade proporcional.

Em consulta ao CNIS, verifico que o autor é titular do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (NB: 42/181.733.646-8, DIB 17.01.2018), concedido administrativamente no curso do processo.

Em razão da inversão do ônus sucumbencial, fixo os honorários advocatícios, em favor do INSS, em R\$ 1.000,00, conforme previsto no artigo 85, §§ 4º, III, e 8º, do CPC e de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

As autarquias são isentas do pagamento das custas processuais, (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, nos termos do art. 932 do Código de Processo Civil, *não conheço da remessa oficial e dou provimento à apelação do réu* para afastar o cômputo especial dos períodos de 01.07.1984 a 30.11.1990 e 01.02.1991 a 28.04.1995. Mantida a contagem administrativa realizada em 17.08.2015, insuficiente à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, ainda que na modalidade proporcional. Honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00, observados os termos do artigo 98, §3º, do NCPC. *Apelação do autor improvida.*

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, comunique-se ao INSS (Gerência Executiva), a fim de *notificar* a referida autarquia da presente decisão proferida em favor do autor, *CRISTOVAM APARECIDO DE BRITO DE OLIVEIRA*, que afastou o cômputo especial dos períodos de 01.07.1984 a 30.11.1990 e 01.02.1991 a 28.04.1995, bem como manteve a contagem administrativa realizada em 17.08.2015, insuficiente à concessão do benefício

de aposentadoria por tempo de contribuição na referida DER (17.08.2015), tendo em vista o “caput” do artigo 497 do Novo CPC.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

6102052-59.2019.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelada: JOYCE CRISTINA ALVES DE BRITO
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/04/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. TRABALHADORA RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. ATIVIDADE RURAL COMPROVADA. CONJECTÁRIO.

- Em relação à segurada especial, definida no artigo 11, inciso VII, da Lei n. 8.213/1991, esta faz jus ao benefício de salário-maternidade, desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores ao parto.
- A questão relativa à comprovação de atividade rural se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que exige início de prova material e afasta por completo a prova exclusivamente testemunhal (Súmula n. 149 do STJ).
- Admite-se, contudo, a extensão da qualificação de lavrador de um cônjuge ao outro e, ainda, que os documentos não se refiram precisamente ao período a ser comprovado. Nesse sentido, o REsp n. 501.281, 5ª Turma, j. em 28/10/2003, v.u., DJ de 24/11/2003, p. 354, Rel. Ministra Laurita Vaz.
- Conjunto probatório suficiente à comprovação do período de atividade rural debatido. Benefício devido.
- A correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei n. 6.899/1981 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, utilizando-se o IPCA-E, afastada a incidência da Taxa Referencial (TR). Repercussão Geral no RE n. 870.947.
- Os juros moratórios devem ser contados da citação, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, até a vigência do CC/2002 (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, utilizando-se, a partir de julho de 2009, a taxa de juros aplicável à remuneração da caderneta de poupança (Repercussão Geral no RE n. 870.947), observada, quanto ao termo final de sua incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n. 579.431.
- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou procedente pedido de salário-maternidade, com acréscimo dos consectários legais.

Irresignado, o INSS sustenta a ausência dos requisitos necessários para a concessão do benefício de salário-maternidade e, subsidiariamente questiona aos consectários.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e merecer ser conhecido.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de salário-maternidade ao rurícola.

O salário-maternidade é direito fundamental garantido pela Constituição Federal, que, em seu artigo 7º, XVIII, dispõe:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

Por sua vez, a Lei n. 8.213/1991, ao regulamentar a matéria, assim estabelece, no artigo 71, *caput*:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Em relação à segurada especial, tratada no artigo 11, VII, da Lei n. 8.213/1991, esta faz jus ao benefício de salário-maternidade, desde que atendidas as condições fixadas no artigo 25, III, c/c o artigo 39, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Quanto ao tempo de exercício de atividade rural antes do início do benefício, o § 2º do artigo 93 do Decreto n. 3.048/1999, com a redação dada pelo Decreto n. 5.545/2005, fixou o prazo de 10 (dez) meses:

§ 2º Será devido o salário-maternidade à segurada especial, desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no parágrafo único do art. 29.

Assim, conforme a redação do artigo supracitado, a agricultora, ao requerer o salário-maternidade, deverá comprovar o exercício da atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento administrativo.

Nesse sentido, registra-se o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 DO RISTJ. TRABALHADORA RURAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. REQUISITOS. ART. 93, § 2º, DO DECRETO Nº 3.048/99. INÍCIO DE PROVA MATERIAL.

I - Em casos nos quais só a comparação das situações fáticas evidencia o dissídio pretoriano, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão recorrida e os paradigmas invocados. A simples transcrição de trechos de julgado, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta como demonstração da divergência jurisprudencial.

II - Nos termos do Decreto nº 3.048/99, art. 93, § 2º, o salário-maternidade será devido à segurada especial desde que comprovado o exercício da atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua.

III - *In casu*, a segurada demonstrou início de prova material apta à comprovação de sua condição de rurícola para efeitos previdenciários. Recurso Especial provido.

(REsp 884.568/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 02/04/2007, p. 305)

Segundo o entendimento desta Corte, a trabalhadora rural é considerada segurada, na condição de empregada, nos termos do inciso I do artigo 11 da Lei n. 8.213/1991, qualquer que seja a denominação da atividade exercida - “volante”, “boia-fria” ou outra -, independentemente do cumprimento de carência, a teor do disposto no artigo 26, VI, da Lei n. 8.213/1991 (TRF - 3ª Região, AC n. 862.013, 8ª Turma, j. em 14/8/2006, v. u., DJ de 13/9/2006, p. 253, Rel. Des. Fed. THEREZINHA CAZERTA; AC 1.178.440, 7ª Turma, j. em 25/6/2007, v. u., DJ de 12/7/2007, p. 417, Rel. Des. Fed. WALTER DO AMARAL; AC n. 1.176.033, 10ª Turma, j. em 19/6/2007, v.u., DJ de 4/7/2007, p. 340, Rel. Des. Fed. SERGIO NASCIMENTO).

Ressalta-se não ser o empregado o responsável pelo recolhimento de contribuições previdenciárias – dever do empregador -, cabendo ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a fiscalização do cumprimento dessa obrigação.

Assim, a autora, em tese, teria direito ao salário-maternidade.

Cumpre, porém, analisar o alegado exercício de atividade rural.

A questão relativa à comprovação de atividade rural encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que exige início de prova material e afasta por completo a prova exclusivamente testemunhal (Súmula n. 149 do STJ).

Admite-se, ainda, a extensão da qualificação de lavrador de um cônjuge ao outro.

Além disso, segundo a Súmula n. 73 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “Admite-se como início de prova material do efetivo exercício de trabalho rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental”.

No caso em discussão, o parto ocorreu em 9/8/2016.

A parte autora alega que desde sua adolescência desempenha atividades rurais, tendo cumprido a carência exigida na Lei n. 8.213/1991.

Para tanto, a autora trouxe aos autos cópia de sua CTPS, com anotação de vínculo

empregatício rural, entre 7/4/2015 a 18/8/2015.

A prova testemunhal, de forma plausível e verossímil, confirmou que a parte autora trabalhou na roça durante muitos e muitos anos, inclusive no período de sua gestação, estando esclarecida pormenorizadamente na sentença, cujo conteúdo neste pormenor perflho.

Ressalte-se que não há necessidade de recolhimento de contribuição pelos rurícolas, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural.

Destarte, preenchidos os requisitos legais, faz jus a parte autora ao salário-maternidade pleiteado na inicial, nos termos do artigo 26, inciso VI c.c. artigos 71 e seguintes, da Lei n. 8.213/1991 desde a época do nascimento de seu filho, nos termos do artigo 71 do referido texto legal.

Passo à análise dos consectários.

Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei n. 6.899/1981 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, utilizando-se o IPCA-E (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017).

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois a Suprema Corte, ao apreciar embargos de declaração apresentados nesse recurso extraordinário, deliberou pela não modulação dos efeitos.

Com relação aos juros moratórios, estes devem ser contados da citação (art. 240 do CPC), à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, por força do art. 1.062 do CC/1916, até a vigência do CC/2002 (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN, utilizando-se, a partir de julho de 2009, a taxa de juros aplicável à remuneração da caderneta de poupança, consoante alterações introduzidas no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017), observada, quanto ao termo final de sua incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n. 579.431, em 19/4/2017.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* à apelação, apenas para ajustar os consectários.

Considerado o parcial provimento do recurso interposto, não incide, neste caso, a regra do artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5000413-05.2020.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravado: MANOEL PEREIRA DA ROCHA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. IMPLANTAÇÃO DE AUXÍLIO DOENÇA. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS PREENCHIDOS. MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ CONCLUSÃO DE PERÍCIA JUDICIAL.

1. Segundo o artigo 59, da Lei 8.213/91, o benefício de 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”.
2. Verifica-se, no caso, estar demonstrada a plausibilidade do direito deduzido pela parte autora, sendo também inequívoco o risco de dano irreparável em caso de demora na implantação do benefício pleiteado, dado o seu caráter alimentar.
3. Todavia, a tutela de urgência deve ser mantida, neste momento, somente até a conclusão da perícia médica judicial, ocasião em que o Juízo de origem disporá de elementos mais robustos para determinar - ou não - a sua manutenção.
4. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Decima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS em face de decisão que, nos autos de ação previdenciária objetivando a implantação de auxílio-doença, deferiu a tutela de urgência.

Em suas razões, a parte agravante alega, em síntese, não estarem preenchidos os requisitos legais à concessão da medida.

Requer a concessão de efeito suspensivo e que, ao final, seja dado provimento ao recurso. Intimada, a parte agravada deixou de apresentar contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Segundo o artigo 59, da Lei 8.213/91, o benefício de 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*”.

Em consulta ao sistema CNIS/PLENUS, verifica-se que o autor da ação originária vem percebendo auxílio-doença desde 23/02/2018, bem como possuiu registro como empregado até 13/03/2019, não havendo questionamentos sobre sua condição de segurado.

Analisando os autos, não obstante a ausência de perícia judicial, observo que a documentação médica anexada pela parte agravada demonstra que foi submetida a tratamento de adenocarcinoma gástrico, com sessões de quimioterapia (ID 119383909 - pág. 49).

Verifico assim que, a princípio, está demonstrada a plausibilidade do direito deduzido pela parte autora. Inequívoca, outrossim, a presença de perigo de dano na demora da implantação do benefício, dado o seu caráter alimentar. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ART. 557, §1º DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-DOENÇA. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS PREENCHIDOS.

I- Presentes os requisitos legais ensejadores à concessão do provimento antecipado, haja vista que restou demonstrada, em sede de cognição sumária, a verossimilhança do direito invocado.

II - Laudo médico pericial (fls. 35/36) atesta a existência de incapacidade laborativa da autora durante o pré-natal por estar em gestação de risco. Por outro lado, à época em que foi concedida a tutela antecipada, ou seja, 17/11/2015, a autora já havia cumprido os 12 meses de carência, não havendo impedimento legal para a carência ser cumprida após o início da incapacidade.

III - Agravo (CPC, art. 557, §1º) interposto pelo INSS improvido.

(TRF 3ª Região, Décima Turma, AI 0028203-25.2015.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, j. em 08/03/2016, e-DJF3 em 14/03/2016).

Todavia, a tutela de urgência deve ser mantida somente até a conclusão da perícia médica judicial, ocasião em que o Juízo de origem, após ouvir as partes, disporá de elementos mais robustos para determinar - ou não - a sua manutenção até decisão definitiva de mérito.

Diante do exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento*, para limitar os efeitos da r. decisão agravada até a conclusão de perícia judicial, ocasião em que o D. Juízo de origem deliberará sobre a sua manutenção.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

Direito Processual Civil



AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0015181-15.2015.4.03.6105

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelado: MUNICÍPIO DE CAMPINAS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSON DI SALVO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 25/04/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE LIXO. POSSIBILIDADE DA DECISÃO UNIPESSOAL, AINDA QUE NÃO SE AMOLDE ESPECIFICAMENTE AO QUANTO ABRIGADO NO NCPC. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DAS *EFICIÊNCIA* (ART. 37, CF), *ANÁLISE ECONÔMICA* DO PROCESSO E *RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO* (ART. 5º, LXXVIII, CF - ART. 4º NCPC). ACESSO DA PARTE À VIA RECURSAL (AGRAVO). APRECIACÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a *ampliação interpretativa* das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria. A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espriam sobre todo o cenário processual, tais como o da *eficiência* (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

2. O ponto crucial da questão consiste em, à vista de decisão monocrática, assegurar à parte acesso ao colegiado. O pleno cabimento de agravo interno - AQUI UTILIZADO PELA PARTE - contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa; ainda que haja impossibilidade de realização de sustentação oral, a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais.

3. A embargante sustenta que o imóvel não é servido por coleta de lixo. Para comprovar sua alegação e desconstituir a presunção de veracidade e legitimidade que resulta da CDA, junta aos autos demonstrativo do lançamento do IPTU 2015 no qual consta isenção de taxas por força de “Não atendido como Coleta de Lixo”. O documento constitui mero indício e gera dúvida a respeito da efetiva existência do serviço, mas a dúvida não é suficiente para desconstituir o ato administrativo referente aos exercícios de 2011 e 2012.

4. A concessão de isenção não é automática e necessita de pedido administrativo.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Agravo interno interposto pela União Federal contra decisão que negou provimento à apelação da embargante.

A apelação foi interposta pela União Federal contra a sentença de improcedência proferida em 31/05/2016 nos autos dos embargos opostos por ela em face de execução fiscal ajuizada pelo MUNICIPIO DE CAMPINAS para a cobrança taxa de lixo referente aos exercícios de 2011 e 2012, no valor de R\$ 852,83 em 19/08/2015.

Na sentença recorrida foi reconhecida a regularidade da notificação do lançamento e a constitucionalidade e legitimidade da cobrança, condenando-se a embargante ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da execução.

Em suas razões de apelação, a embargante sustenta que (i) a despeito da correta identificação do sujeito passivo, não houve correta notificação do contribuinte acerca do lançamento, pois ela deveria ter sido endereçada à Secretaria do Patrimônio da União em São Paulo e não à Procuradoria Seccional da União em Campinas; e (ii) o título executivo é nulo porque o serviço de coleta de lixo não é prestado ou posto à disposição do proprietário, conforme comprova o documento de fl. 19.

O apelado, intimado, não apresentou contrarrazões.

Os autos foram remetidos a este Tribunal e sobreveio a decisão ora agravada (fls. 52/55).

Inconformada, a parte embargante interpôs o presente recurso alegando ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos uma vez que o Município embargado teria confessado que o imóvel sobre o qual recai a exação fiscal não é servido por coleta de lixo. Alega que “o n. Relator não leu os autos com o habitual cuidado, pois, o Município é confesso quanto a tal questão. Requer a reforma da decisão monocrática para que seja provido o recurso de apelação da União” (fls. 67/69v).

Deu-se oportunidade para resposta (fl. 73v).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO - Relator

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Pretende a agravante a reforma da decisão monocrática que negou provimento à apelação da embargante, ora agravante.

Não há empeco à decisão unipessoal, no caso.

No âmbito do STJ rejeita-se a tese acerca da impossibilidade de julgamento monocrático do relator fundado em hipótese jurídica não amparada em súmula, recurso repetitivo, incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência, louvando-se na existência de entendimento dominante sobre o tema. Até hoje, aplica-se, lá, a Súmula 586 de sua Corte Especial (DJe 17/03/2016). Confira-se: AgInt no AgRg no AREsp 607.489/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018 - AgInt nos EDcl no AREsp 876.175/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018 - AgInt no AgInt no REsp 1420787/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018 - AgRg no AREsp 451.815/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

Ademais, cumpre lembrar o pleno cabimento de agravo interno - POR SINAL UTILIZADO PELA PARTE, AQUI - contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa, a despeito da impossibilidade de realização de sustentação oral, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais (AgRg no AREsp 381.524/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018 - AgInt no AREsp 936.062/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2018, DJe 27/03/2018 - AgRg no AREsp 109.790/PI, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016). Deveras, “Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno” (AgInt no AREsp 999.384/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 30/08/2017 - REsp 1677737/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

No âmbito do STF tem-se que “A atuação monocrática, com observância das balizas estabelecidas nos arts. 21, § 1º, e 192, caput, do RISTF, não traduz violação ao Princípio da Colegialidade, especialmente na hipótese em que a decisão reproduz compreensão consolidada da Corte” (HC 144187 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018). Nesse sentido: ARE 1089444 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 05-06-2018 PUBLIC 06-06-2018.

Na verdade, o ponto crucial da questão é sempre o de assegurar à parte acesso ao colegiado.

Por tal razão o STF já validou decisão unipessoal do CNJ, desde que aberta a via recursal administrativa (MS 30113 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 18-06-2018 PUBLIC 19-06-2018).

A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espalham sobre todo o cenário processual, tais como o da *eficiência* (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a *ampliação interpretativa* das regras do NCPC que permitem as decisões unipes-

soais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria.

De todo modo, os argumentos expendidos pela agravante não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator, razão pela qual as reitero na parte que interessa ao deslinde do recurso, adotando-as como razão de decidir deste agravo.

.....
No caso, a UNIÃO alega que o imóvel, localizado no Parque Central Viracopos, não é servido por coleta de lixo. Para comprovar sua alegação e desconstituir a presunção de veracidade e legitimidade que resulta da CDA, junta aos autos demonstrativo do lançamento do IPTU 2015 no qual consta isenção de taxas por força de “Não atendido como Coleta de Lixo”. O documento constitui mero indício e gera dúvida a respeito da efetiva existência do serviço, mas a dúvida não é suficiente para desconstituir o ato administrativo referente aos exercícios de 2011 e 2012.
.....

Transcrevo o trecho constante da impugnação no qual a União afirma a existência da confissão do Município (grifos no original):

.....
Também consta a seguir: *Isenção de imposto: Motivo de Isenção de Imposto e Isenção de taxas: Não atendido como Coleta de Lixo.*
Esse cadastro significa que não será cobrado IPTU e que a taxa de lixo será, porque a isenção desta não é uma concessão automática, poderá ser deferida ou não; ainda mais considerando-se como constante na Lei mencionada: *Fica o Poder Executivo autorizado a isentar ...*; logo, é facultativo o deferimento.
Entretanto, não há notícia de pedido administrativo de isenção dessa taxa!
.....

Entendo que não houve confissão alguma. Como constou da decisão agravada, trata-se de mero indício. Ademais, a concessão de isenção não é automática e necessita de pedido administrativo.

Ante o exposto, voto por *negar provimento ao agravo interno*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0000170-58.2016.4.03.6121

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelada: MINERAÇÃO 5 ESTRELAS LTDA - EPP

Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/05/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINERAÇÃO. AREIA LAVRADA ILICITAMENTE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

- O Supremo Tribunal Federal estabeleceu o sentido e o alcance do artigo 37, § 5º, da Carta Magna no julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069, no qual restou assentado que é prescritível a ação de reparação de danos à fazenda decorrente de ilícito civil, o que não alcança, todavia, as ações decorrentes de infração ao direito público, como os de natureza penal e os de improbidade.

- No Recurso Extraordinário nº 852.475, por sua vez, a Corte Suprema reconheceu a existência de repercussão geral e firmou a tese de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

- À luz dos contornos fixados pela Suprema Corte, resta claro que à prescrição da ação de ressarcimento de dano ao erário decorrente da lavra e comercialização de areia em montante superior àquela autorizada pelo DNPM se aplicam as regras próprias da infração cometida. Em conclusão, considerado que os fatos imputados ao apelado também são infrações penais (artigo 2º da Lei nº 8.176/91), incide o prazo prescricional de 12 (doze) anos. Incontroverso que o auto de infração é de 19/12/2011 (fl. 269), bem como a ação civil pública foi protocolizada em 29.01.2016, de modo que é inequívoca a não configuração do prazo extintivo do direito de ação.

- Remessa oficial e apelação providas a fim de reformar a sentença que reconheceu a prescrição e determinar o regular prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, na sequência do julgamento, a Quarta Turma, por maioria, decidiu dar provimento à remessa oficial e à apelação, a fim de reformar a sentença que reconheceu a prescrição e determinar o regular prosseguimento do feito, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA, MÔNICA NOBRE e SOUZA RIBEIRO, com ressalva), vencido o Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator) que negava provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO participou da sessão na forma dos artigos 53 e 260 do RITRF3. Lavrará acórdão o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial, tida por interposta, e de recurso de apelação interposto pela União Federal em face de sentença (fls. 817/821) proferida nessa Ação Civil Pública, na qual o r. Juízo da 2ª Vara Federal de Taubaté/SP indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo com julgamento de mérito reconhecendo a prescrição.

A União Federal ajuizou a presente ação civil pública em face da Mineração Cinco Estrelas Ltda. EPP, da União Federal, visando a condenação da ré a promover o ressarcimento ao erário do montante correspondente a quantidade de areia ilicitamente lavrada, apurado em R\$2.335.208,02 (dois milhões, trezentos e trinta e cinco mil, duzentos e oito reais e dois centavos), acrescidos de atualização monetária e de juros, contados da data do ilícito.

Salienta que a empresa ré é titular de autorização de concessão de lavra de areia do Município de Tremembé/SP, para extração do minério nas poligonais especificadas nas Portarias de autorização nº 348/200 e 349/2000, consoante processos DNPM 820.469/1997 e 820.461/1997.

Alegou a parte autora que em razão da ação conjunta entre os técnicos do DNPM/SP do Ministério Público do Estado de São Paulo e do CREA/SP, no mês de junho de 2011, constatou-se que as atividades estavam paralisadas há algum tempo e que a ré desobedeceu ao disposto no inciso XIV, do artigo 54 do Código de Mineração, razão pela qual foi autuada e, irressignada, apresentou recurso administrativo, que foi julgado improcedente, mantendo-se a penalidade aplicada.

Sustentou a autora que, por ocasião do julgamento administrativo, o DNPM constatou a existência de deslocamentos das áreas e elaborou nos memoriais descritivos e topográficos que resultaram na retificação das portarias de lavras e que, não obstante, mesmo após as retificações, constatou-se lavra ilegal nas áreas em questão, correspondente a 45.767,74 m³ de areia para a construção civil, cujo valor represente redução patrimonial ilegalmente impingida à União Federal e enriquecimento ilícito nos termos do artigo 884 do Código Civil, auferido pela empresa.

Ao analisar a demanda, o r. Juízo a quo indeferiu a petição inicial reconhecendo a prescrição (fls. 817/821).

Inconformada com a sentença, a União Federal interpôs recurso de apelação requerendo a reforma da sentença. Sustenta a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com fulcro no artigo 37, §5º, da Constituição Federal. Salienta, bem assim, que a indisponibilidade dos bens públicos conforme artigos 183, §3º e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, redundaria na imprescritibilidade aquisitiva, o que se estenderia a pretensão de ressarcimento. Afirma ainda ser a ação tipificada, em tese, como crime; portanto, deveria ser aplicado ao caso o prazo prescricional criminal. Afirma, ainda, a inaplicabilidade na espécie da regra prescricional expressa no Código Civil, devendo ser aplicado o Decreto nº 20.910/1932, contando o termo inicial do dia 08.06.2011, data da vistoria, pelo que também não teria ocorrido a prescrição. Assim, requer o afastamento da prescrição e o provimento do recurso de apelação para determinar que haja o julgamento de mérito pelo r. Juízo a quo.

Em suas contrarrazões, a Mineração Cinco Estrelas Ltda. pugnou pelo não provimento do recurso (fls. 844/848).

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância (fls.853/862), opinou pelo provimento do recurso de apelação para que seja afastada a prescrição com fulcro no prazo prescricional penal e desse modo o processo tenha, na origem, regular andamento.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

De início, impende frisar que a Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular integram o microssistema processual coletivo. Portanto, apesar de a Lei nº 7.347/85 não ter previsão expressa acerca da remessa oficial, aplica-se nos casos de improcedência ou parcial procedência da ação, por analogia, o artigo 19 da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), uma vez que referida norma deve ser aplicada em todo o microssistema naquilo que for útil aos interesses da sociedade. Nesse sentido é o entendimento sedimentado do E. Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, dou por interposta a remessa oficial, submetendo a r. sentença ao reexame necessário.

Assim, passo a analisar as alegações invocadas no apelo, bem como a remessa oficial.

Compulsando-se os autos percebe-se que as alegações da apelante não merecem prosperar.

O centro da questão discutida nos autos diz respeito à ocorrência da prescrição da pretensão.

A União Federal alega que, conforme o artigo 37, §5º, da Constituição Federal de 1988, é imprescritível a ação de ressarcimento ao erário por ato ilícito.

Todavia, ao contrário do afirmado pela apelante, no que concerne à prescrição da pretensão do ressarcimento ao erário, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 669069, submetido ao regime de repercussão geral, decidiu que é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

Confira-se:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 669069, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016)

Logo, não se pode acolher a tese sustentada pela apelante que o entendimento fixado pelo c. Supremo Tribunal Federal não poderia ser aplicado ao caso em tela, uma vez que a tese fixada pela Corte Suprema foi clara ao afirmar ser prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, tal como ocorre na espécie.

Portanto, afastada a tese da imprescritibilidade.

Quanto à aplicação do prazo prescricional do Código Penal, sob o fundamento de que o fato imputado à parte apelada constitui crime que originou a Ação Penal Ordinária, referida alegação também não pode ser acolhida.

Conforme consta na fl. 864, foi formulada a proposta de suspensão condicional do processo, a qual foi aceita e, após o integral cumprimento das condições, foi extinta a punibilidade. Assim, uma vez que ocorreu a suspensão do processo, não havendo condenação, não há como

nem mesmo presumir a culpabilidade do réu. Aceitar a suspensão condicional do processo não significa confessar a prática de um crime. Desse modo, não é possível que seja aplicado, ao caso em tela, o prazo prescricional estabelecido no Código Penal.

Em relação à impossibilidade de aplicação do prazo prescricional prevista no Código Civil, impõe-se o acolhimento.

É certo que o art. 206, §3º, inciso V, do Código Civil estabelece o prazo de 03 (três) anos para a prescrição da pretensão de reparação civil. Porém, referido diploma legal objetiva regular as relações entre particulares, não sendo aplicável para as causas que envolvam o Poder Público.

Saliente-se que a jurisprudência pátria possui entendimento consolidado no sentido de que nas ações de ressarcimento proposta pelo ente público deva ser observado o preceituado no artigo 1º, do Decreto nº 20.910/32, que prevê o prazo prescricional de 05 (cinco) anos de ação contra a União, Estados e Municípios, devendo ser adotado o mesmo prazo em relação à ação do ente público em face do particular, em respeito ao princípio da isonomia.

Nesse sentido, cabe transcrever os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO NÃO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a pretensão de ressarcimento de danos ao erário, não decorrente de ato de improbidade, prescreve em cinco anos III - O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula 83/STJ. IV - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Honorários recursais. Não cabimento. VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. VII - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1559407/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 03/05/2018) (grifei)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. ALCANCE DO ART. 37, §5º, DA CF. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1. Examinando os autos, verifico que em 01.12.2015 o Instituto Nacional do Seguro Social ajuizou Ação de Ressarcimento ao Erário em face do agravado Fernando Martins (processo nº 0016873-49.2015.4.03.6105, fls. 13/22). Proferida sentença julgando improcedente o pedido (fls. 32/34) com fundamento no artigo 269, IV do CPC, o agravante interpôs apelo (fls. 39/44).

2. Ao receber a apelação, o juízo de origem se utilizou do juízo de retratação previsto pelo artigo 332, § 3º do Novo CPC para reconhecer a prescrição quinquenal.

3. A discussão instalada nos autos, diz respeito ao alcance do disposto na parte final do artigo 37, § 5º da Constituição Federal que assim prevê: “§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de

prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

4. Ao se debruçar sobre o tema, o C. STF decidiu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069 que são prescritíveis as ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, Precedentes.

5. No caso dos autos, entendo que deva ser aplicado o prazo prescricional previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, que assim 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.”

6. Com efeito, se o prazo de prescrição das dívidas passivas da União, Estados e Municípios é, por previsão legal, de cinco anos, deve ser idêntico o prazo prescricional para os casos em que a União é credora e não devedora, em perfeita observância ao princípio da isonomia.

7. Agravo de instrumento não provido.

(TRF-3ª Região; AI n. 00125167120164030000; 1ª Turma; Rel. Desembargador Federal Wilson Zauhy; j. 07.02.2017; e-DJF3 17.02.2017) (grifei)

CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PRESCRITIBILIDADE. PRAZO. ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ABANDONO DE CARGO. RECEBIMENTO DE REMUNERAÇÃO DO PERÍODO. AUSÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO PELO VALOR RECEBIDO. COMPROVADA MÁ-FÉ DO BENEFICIÁRIO. PRESCRIÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. HONORÁRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. TEMPUS REGIT ACTUM. INCIDÊNCIA DO CPC/1973.

(...)

2. A presente ação, por sua vez, foi ajuizada em 07/06/2006, razão pela qual corretamente o juízo de origem reconheceu a prescrição da pretensão à devolução das parcelas pagas ao ex-servidor no período de 02/2001 a 07/06/2001. Prescrição parcial reconhecida. Neste ponto, reafirma-se a existência de prescrição na espécie, haja vista que se objetiva uma indenização por prejuízos causados ao Erário, decorrente de ilícito civil (vide RE 669069). No que diz respeito ao prazo prescricional, o STJ tem entendimento jurisprudencial no sentido de que o prazo prescricional da Fazenda Pública deve ser o mesmo prazo previsto no Decreto n. 20.910/32, em razão do princípio da isonomia (EDcl no REsp 1.349.481/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, 2ª Turma; julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014).

(...)

(TRF-1ª Região; Apelação; 1ª Turma; Rel. Juiz Federal Wagner Mota Alves de Souza; j. 29.06.2016; e-DJF1 03.08.2016) (grifei)

Portanto, ao contrário do afirmado pelo r. Juízo a quo, deve ser aplicado no caso dos autos o prazo prescricional de 5 anos.

Contudo, no que se refere ao termo inicial do prazo prescricional, não é possível ser acolhida a alegação da União Federal.

No caso vertente, a União Federal requer o ressarcimento ao erário diante de suposta exploração irregular de bem de sua propriedade, no valor correspondente à quantidade de areia ilicitamente lavrada.

Analisando-se os autos, percebe-se que a fiscalização do DNPM autuou a empresa apelada por ter comunicado apenas no Relatório de Atividades de Lavra - RAL do ano base de 2009 a paralisação das atividades minerárias que teria ocorrido anteriormente. Desse modo,

o DNPM reconheceu, no processo administrativo, que a atividade de lavra ilegal, objeto da presente ação, deu-se anteriormente a 01.01.2009.

No processo administrativo constante nos autos o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM ressalta (fls.316):

Em relação à comunicação da suspensão dos trabalhos ao DNPM via RAL (Relatório Anual de Lavra), alegado pelo minerador em sua defesa, a mesma ocorreu como pode ser observado em cópia parcial do RAL (ano base 2009) em Anexo, porém vale salientar que o RAL referência os trabalhos executados no ano anterior, ou seja, o RAL apresentado em 2010 descreve as atividades minerárias executadas em 2009 (ano base), logo conclui-se que a comunicação de suspensão foi posterior à paralisação.

Insta salientar que a partir do Relatório Anual de Lavra são gerados dados estatísticos, políticas para regulamentação do setor e fiscalizações técnicas, principalmente referentes à arrecadação correta da CFEM (Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais).

Desarte, resta evidente que desde a apresentação do Relatório Anual de Lavra ano base 2009, apresentado em 2010, o qual é submetido à fiscalização do DNPM, poderia ter sido constatado o ato ilícito apontado pela União Federal, não sendo possível afirmar que o conhecimento do fato só foi possível através de vistoria no dia 08.06.2011, a qual constatou que as atividades de lavra estavam paralisadas.

Cabe salientar que no que concerne ao termo inicial da prescrição o artigo 189 do Código Civil estabelece:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Logo, em regra, o prazo prescricional inicia-se a partir da data da violação do direito subjetivo, ou seja, a partir do momento em que a prestação não é cumprida voluntariamente, surgindo consequentemente a pretensão.

Entretanto, nem sempre essa data coincide com a data na qual o titular toma conhecimento da violação. Em virtude disso o c. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a Teoria da *Actio Nata*, segundo a qual os prazos extintivos (prescricional e decadencial) começam a fluir da data do conhecimento do fato e não da sua efetiva ocorrência. Essa tese homenageia a boa-fé objetiva e a eticidade (que é uma diretriz do Código Civil).

A Teoria da *Actio Nata*, todavia, não visa privilegiar aquele que foi omissos e que podendo ter conhecimento do ato ilícito foi negligente. A Teoria da *Actio Nata* deve ser aplicada nos casos em que não seria razoável exigir do titular do direito o conhecimento do dano, afastando a punição daquele que não foi inerte na tutela do seu direito.

No caso em exame, se a União Federal tivesse sido diligente e realizado a fiscalização técnica, no mínimo quando foi apresentado o Relatório Anual de Lavra- RAL do ano base 2009, o qual comunicou a suspensão dos trabalhos na área, seria plenamente possível o conhecimento da efetiva ocorrência do dano alegado. No entanto, somente fez a fiscalização após mais de um ano da apresentação do referido relatório e somente após a visita técnica, a qual constatou que as atividades estavam paralisadas, informação que já estava no relatório, fez nova análise em imagens de satélite nas áreas dos processos minerários 820.461/1997 e 820.469/1997, constatando que, em ambas as concessões de lavra, as cavas de areia ultrapassaram os limites das poligonais autorizativas.

Cumprе salientar que a nova análise das imagens foram feitas em imagens de satélite com datas de 27.06.2010 e 29.01.2011, e do satélite Landsat de 02.09.2010, sendo constatado que, durante esse período, a atividade extrativa se manteve paralisada. De outra parte, na imagem de satélite de 18.01.2008, foi flagrada a extração irregular de areia, o que demonstra claramente que a extração irregular teria ocorrido antes mesmo de 2009, não sendo crível que a União Federal, através do Departamento Nacional de Produção Mineral, não teria como ter o conhecimento total dos fatos antes de 2011.

Não se olvide, por oportuno, que a União Federal, por meio do Departamento Nacional de Produção Mineral, tem o dever legal de fiscalizar as atividades de mineração, nos termos do artigo 88 do Decreto-Lei 227/1967 (Código de Mineração).

Desse modo, deve ser considerada a data da apresentação do RAL ao DNPM, ocorrida em 2010, como o início do prazo prescricional, uma vez que a partir da referida data a União Federal já tinha conhecimento inequívoco do fato da paralisação da atividade minerária e já poderia ter conhecimento da extração irregular caso tivesse cumprido seu dever de fiscalizar.

Ora, considerando que entre 2010, termo inicial da contagem do prazo prescricional, e a data do ajuizamento da presente ação (28.01.2016; fl. 02) transcorreram mais de 05 anos, é de se reconhecer a incidência da prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário, com a extinção do processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC/2015.

Assim, de rigor a manutenção da sentença que reconheceu a prescrição; no entanto, o fundamento jurídico para o reconhecimento dela deve ser o Decreto nº 20.910/32, o qual estabelece a prescrição quinquenal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO VENCEDOR

Apelação da União Federal e remessa oficial de sentença por meio da qual foi reconhecida a prescrição e extinta ação civil pública para ressarcimento de dano ao erário ajuizada contra Mineração Cinco Estrelas Ltda. EPP em virtude de areia ilicitamente lavrada, no montante apurado de R\$ 2.335.208,02 (dois milhões, trezentos e trinta e cinco mil, duzentos e oito reais e dois centavos), acrescidos de atualização monetária e de juros, contados da data do ilícito.

O eminente Relator desproveu o recurso e a remessa por entender configurado o lustrro do Decreto 20.910/32. Com a devida vênia, divirjo.

- *Da prescrição*

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu o sentido e o alcance do artigo 37, § 5º, da Carta Magna no Recurso Extraordinário nº 669.069:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.
2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
(RE 669.069; Rel. Min. Teori Zavascki; Pleno; j. em 03/02/2016).

À vista da alteração de entendimento da matéria nas ações de ressarcimento ao erário, entendo descabida a alegação de prescrição.

Para melhor clareza do entendimento da Corte Suprema sobre o alcance da regra constitucional, destaco a seguinte passagem do voto do Relator nos embargos de declaração RE 669.069 ED/MG ao prestar esclarecimento sobre o alcance da expressão “ilícito civil” e a abrangência da tese fixada:

3. Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. *O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio.*

Por isso mesmo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 - “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”; e (b) Tema 899 - “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Desse modo, se dúvidas ainda houvesse, é evidente que as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa, assim como aquelas fundadas em decisões das Cortes de Contas, não foram abrangidas pela tese fixada no julgado embargado.

4. Por outro lado, o embargante alega ser necessária a fixação do termo inicial do prazo prescricional da pretensão de ressarcimento ao erário decorrente de ilícito civil. No entanto, a questão constitucional julgada pelo acórdão embargado limitou-se ao debate acerca da abrangência da pretensão ressarcitória decorrente de ilícito de natureza civil pela regra da imprescritibilidade do art. 37, § 5º, da Carta Magna. O que cabia ao STF definir era a prescritibilidade ou não das pretensões de ressarcimento ao erário decorrentes de ilícitos civis. Firmado o entendimento de que tal pretensão é prescritível, as controvérsias atinentes ao transcurso do prazo prescricional, inclusive a seu termo inicial, são adstritas à seara infraconstitucional, solucionáveis tão somente à luz da interpretação da legislação ordinária pertinente. Nesse sentido, relativamente a discussões análogas, vejam-se: ARE 761.345-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 14/11/2014; ARE 761.293-AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 14/8/2014; ARE 686.724-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 21/2/2014; ARE 749.479-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 12/8/2013; ARE 725.496-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 22/4/2013.

5. No que toca ao pedido de modulação dos efeitos da tese firmada, deve-se reconhecer que, de fato, o Supremo Tribunal Federal havia firmado, no julgamento do MS 26.210 (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 10/10/2008), que o § 5º do art. 37 da CF/88 dispunha serem imprescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário. Contudo, esse precedente tratava de processo de tomada de contas especial que tramitava perante o TCU, controvérsia pendente de apreciação no RE 636.886 (de minha relatoria, Tema 899) e não alcançada pela tese fixada pelo acórdão impugnado.

De outra monta, a leitura dos precedentes prolatados por esta Corte que reproduziam o entendimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário diziam respeito, em sua maioria esmagadora, a atos de improbidade administrativa ou atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo. Essas discussões também não são abrangidas pela tese firmada no julgado embargado, que, conforme já esclarecido, aplica-se apenas a atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado.

Com relação a ilícitos civis, portanto, não havia jurisprudência consolidada do STF que

afirmasse a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário. Inexistia, assim, expectativa legítima da Administração Pública de exercer a pretensão ressarcitória decorrente de ilícitos civis a qualquer tempo. Por isso, não se constata motivos relevantes de segurança jurídica ou de interesse social hábeis a ensejar a modulação dos efeitos da orientação assentada no aresto embargado. (grifei).

Desse modo, no julgamento do RE 669.069, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, restou assentado que é prescritível a ação de reparação de danos à fazenda decorrente de ilícito civil, o que *não alcança, todavia, as ações decorrentes de infração ao direito público, como os de natureza penal e os de improbidade*. Também concluiu o relator:

Em face disso, incumbe ao Plenário pronunciar-se acerca do alcance da regra do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição, desta vez especificamente quanto às ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa.

Ressalte-se que a Corte Suprema reconheceu a existência de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 852.475, que trata da prescrição nas ações de ressarcimento ao erário por parte de agentes públicos em decorrência de ato de improbidade administrativa. O caso concreto refere-se a um recurso interposto pelo Ministério Público de São Paulo em ação judicial que questiona a participação do ex-prefeito de Palmares Paulista, um técnico em contabilidade e dois servidores públicos municipais em processos licitatórios de alienação de dois veículos em valores abaixo do preço de mercado. No julgamento do mérito, firmou-se a tese de que: *“São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”*. Eis a ementa:

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 897 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e determinar o retorno dos autos ao tribunal recorrido para que, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. Vencidos os Ministros Alexandre de Moraes (Relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: *“São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”*, vencido o Ministro Marco Aurélio. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.8.2018.

Destaque-se, ainda, que o Ministro Edson Fachin consignou que:

Diante disso é de se inferir da redação do art. 37, § 5º, que o texto constitucional ao tratar do sujeito praticante dos atos ilícito, se refere a “agente”, de forma lata, genérica. Vale dizer, ao se referir a agente praticante de ato ilícito, submetido à regra prescricional a ser prevista em lei, o art. 37, § 5º se refere ao agente que pratica atos ilícitos danosos ao erário. A eles se aplicarão as regras específicas de prescrição dos referidos atos. Mas, não se isentarão das ações de ressarcimento, independentemente da sua qualidade de agente, independentemente da natureza do ilícito que tenham praticado.

Assim, à luz dos contornos fixados pela Suprema Corte, resta claro que à prescrição da ação de ressarcimento de dano ao erário decorrente da lavra e comercialização de areia em montante superior àquela autorizada pelo DNPM se aplicam as regras próprias da infração cometida. Nesse sentido, cabe destacar que na petição inicial da ação civil pública há expressa menção quanto à tipificação criminal, conforme trecho que ora destaco, à fl. 15 e verso, *verbis*:

Muito embora a responsabilidade criminal deva se tratada em autos e juízo próprios, *não se pode deixar de afirmar que a conduta objeto desta ação tem a sua tipicidade explicitamente prevista no artigo 2º da Lei 8.176/91*, *verbis*:

Art. 2 Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena: detenção, de um a cinco anos e multa. *(negritei)*

Em conclusão, considerado que os fatos imputados ao apelado também são infrações penais (artigo 2º da Lei nº 8.176/91), incide o prazo prescricional de 12 (doze) anos. Incontroverso que o auto de infração é de 19/12/2011 (fl. 269), bem como a ação civil pública foi protocolizada em 29.01.2016, de modo que é inequívoca a não configuração do prazo extintivo do direito de ação.

Ante o exposto, *dou provimento à remessa oficial e à apelação*, a fim de reformar a sentença que reconheceu a prescrição e determinar o regular prosseguimento do feito.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator para o Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL
0019577-56.2016.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: LEONORA PIVA BENTO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/04/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÃO CÍVEL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. HABILITAÇÃO DE HERDEIROS. POSSIBILIDADE. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. LEI 11.960/2009. TAXA REFERENCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. O benefício assistencial tem natureza personalíssima, não podendo ser transferido aos herdeiros pelo óbito do titular, e tampouco gera direito à pensão por morte aos dependentes.
2. O óbito da parte autora estabelece termo final do benefício, mas não obsta o pagamento das parcelas devidas e não quitadas aos herdeiros *de cujus*.
3. Estando o feito suficientemente instruído, possibilitando o reconhecimento do direito da parte autora, cabível a habilitação de herdeiros, que se reconhecido o direito, fazem jus aos valores devidos e não pagos à parte autora.
4. A sentença recorrida homologou os cálculos da contadoria observando os ditames do título executivo judicial.
5. Os Manuais de Cálculos da JF são aprovados por Resoluções do Conselho da Justiça Federal - CJF e sofrem periódicas atualizações, sendo substituídos por novos manuais, para adequarem-se às modificações legislativas supervenientes, devendo, assim, ser observada a versão mais atualizada do manual, vigente na fase de execução do julgado.
6. A sentença recorrida se encontra em conformidade com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso repetitivo (RE nº 870.947, tema de repercussão geral nº 810, em 20.09.2017, Relator Ministro Luiz Fux), no tocante à inconstitucionalidade da TR como índice de correção monetária.
7. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado para acolher os apontamentos,

bem como os cálculos elaborados pela contadoria judicial no montante total de R\$ 24.721,30 (vinte e quatro mil, setecentos e vinte e um reais e trinta centavos) atualizado para maio/2015.

Sustenta o apelante que o benefício concedido na ação de conhecimento não gera atrasados, no presente caso, devido a sua natureza assistencial, diante do falecimento da parte embargada antes do trânsito em julgado daquele feito. Subsidiariamente, aduz a incorreção do cálculo acolhido no tocante aos índices de atualização monetária, por ser aplicável a Taxa Referencial – TR, a teor do disposto na Lei nº 11.960/2009.

Com a apresentação de contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

No tocante ao tema central, o benefício assistencial possui caráter personalíssimo, de modo que não pode ser transferido aos herdeiros em caso de óbito do beneficiário, e tampouco gera direito à pensão por morte aos dependentes, sendo que a morte do beneficiário estabelece o termo final do benefício.

Entretanto, os valores a que fazia jus o titular, e que não foram recebidos em vida, integram seu patrimônio e são transmissíveis aos seus herdeiros.

Neste sentido dispõe o parágrafo único do art. 23 do Decreto nº 6.214, de 26.09.2007:

Art. 23. O Benefício de Prestação Continuada é intransferível, não gerando direito à pensão por morte aos herdeiros ou sucessores.

Parágrafo único. O valor do resíduo não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos seus herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil.

No caso concreto, embora o óbito tenha ocorrido antes do trânsito em julgado da sentença de conhecimento, verifica-se que o feito já se encontrava devidamente instruído, possibilitando o reconhecimento do direito da autora, e desta forma, remanesce o interesse processual por parte dos herdeiros.

Neste sentido:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ÓBITO NO CURSO DO PROCESSO. VALORES RESIDUAIS. HERDEIROS. EXISTÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO. QUESTÃO DE ORDEM 20/TNU. INCIDENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Trata-se de incidente de uniformização movido pela parte autora em face de acórdão da Turma Recursal que julgou o feito extinto sem resolução de mérito.

- De acordo com a Turma de Origem, “(...) Com o falecimento do autor da demanda entendo que não subsiste o vínculo utilidade-necessidade dos herdeiros já que se trata de benefício de caráter personalíssimo. (...)”. Pois bem.

- *In casu*, discute-se se a morte do postulante de benefício de amparo social ao portador de deficiência gera, automaticamente, a extinção do processo sem resolução de mérito, em face de sua natureza personalíssima.

- Não obstante seja o benefício de amparo social (LOAS) intransferível aos dependentes de seu titular, gera direito à percepção dos correspondentes atrasados aos herdeiros ou sucessores, em abono, aliás, do que prescreve o art. 36 do Decreto nº. 744/95 (Regulamento do LOAS),

verbis: “Art. 36. O benefício de prestação continuada é intransferível, não gerando direito a pensão. Parágrafo único. O valor do resíduo não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil.”

- Assim, comprovados os requisitos legais é de ser concedido o benefício, inclusive com pagamento de atrasados. O benefício é personalíssimo e não contributivo, mas o direito às parcelas atrasadas (resíduos) é inquestionável.

- A análise do dispositivo supramencionado confirma o entendimento de que a impossibilidade de transferência do benefício assistencial recai tão-somente no direito ao recebimento e fruição de tal benefício, mas não sobre direito a eventual recebimento de resíduos dele decorrentes. Em sendo assim, considero que havendo indícios de que ao postulante de Loas seria devido resíduos do benefício, a pretensão deve ser analisada em seu mérito, mesmo sobrevivendo a sua morte, já que permanece, ou seja, persiste o interesse jurídico dos herdeiros ou sucessores nos resíduos não recebidos em vida. Em síntese, a morte do postulante não deve ensejar a automática extinção do processo, quando houver indícios do preenchimento dos requisitos e de eventual direito a recebimento dos resíduos não pagos em vida.

- Neste diapasão, uma vez comprovados os requisitos, os habilitados fazem jus ao recebimento dos valores atrasados a título de benefício assistencial, a que teria direito o postulante, se vivo estivesse, nos termos requeridos na inicial.

- Diante de todo o exposto, aplicável a Questão de Ordem nº 20/TNU, motivo por que conheço do pedido de uniformização, dando-lhe parcial provimento para decretar a nulidade do acórdão impugnado, determinando o retorno dos autos à Turma de Origem, para fins de análise do mérito da causa, firmando o entendimento de que mesmo em se tratando de benefício de natureza personalíssima, a morte do postulante de amparo social não deve impedir a verificação do mérito do pedido, sobretudo se comprovada a existência de requerimento administrativo que pode dar ensejo a pagamento retroativo do benefício, entre a data da DER e a data do óbito.

- Incidente PARCIALMENTE PROVIDO. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais Brasília (DF), 14 de setembro de 2016.

(PROCESSO: 0176818-18.2005.4.03.6301 /ORIGEM: Turma Recursal da Seção Judiciária de São Paulo - Diário Oficial da União, Seção 1, páginas 60/229)

Ademais, a questão já foi trazida ao conhecimento do Relator da apelação julgada na demanda cognitiva, bem como foi, em parte, apreciada no julgamento do recurso de agravo, conforme se denota do trecho da fundamentação do voto a seguir transcrito:

(...) Ainda que se trate de benefício de caráter personalíssimo, há que se reconhecer, nos termos em que definido no referido decreto regulamentador, a possibilidade de pagamento do resíduo não recebido pelo beneficiário falecido aos seus sucessores, devidamente habilitados na forma da legislação pertinente (fls. 80/85 do ID 89911167)

No caso concreto, o título executivo judicial determinou que as parcelas vencidas do benefício em questão deverão ser corrigidas monetariamente *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 nº316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.*

A sentença recorrida homologou os cálculos da contadoria observando os ditames do título executivo judicial, com a aplicação dos índices estabelecidos no Manual de Orientação

de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, nos termos da Resolução 134/2000, com as alterações dadas pela Resolução nº 267/2013 do CJF.

A adoção dos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal para a elaboração da conta de liquidação é medida de rigor, porquanto suas diretrizes são estabelecidas pelo Conselho da Justiça Federal observando estritamente os ditames legais e a jurisprudência dominante, objetivando a unificação dos critérios de cálculo a serem adotados na fase de execução de todos os processos sob a sua jurisdição.

Os Manuais de Cálculos da JF são aprovados por Resoluções do Conselho da Justiça Federal - CJF e sofrem periódicas atualizações, sendo substituídos por novos manuais, para adequarem-se às modificações legislativas supervenientes, *devendo, assim, ser observada a versão mais atualizada do manual*, vigente na fase de execução do julgado.

Insta consignar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 870.947, tema de repercussão geral nº 810, em 20.09.2017, Relator Ministro Luiz Fux, declarou a inconstitucionalidade da TR - Taxa Referencial, cujos embargos de declaração que objetivavam a modulação dos seus efeitos para fins de atribuição de eficácia prospectiva foram rejeitados no julgamento realizado em 03.10.2019.

Logo, a sentença recorrida se encontra em conformidade com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso repetitivo no tocante à inconstitucionalidade da TR como índice de correção monetária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação interposta, nos termos da fundamentação.
É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5008695-37.2017.4.03.0000

Agravante: FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO FIXADA EM PROCESSO CRIMINAL.

I. Possibilidade de destinação da multa ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos que se reconhece.

II. Legitimidade do Ministério Público para a execução da multa. Precedente do E. STJ.

III. Decisão que fixa multa diária por descumprimento de obrigação que se reconhece como título executivo.

IV. Valor de multa fixado que não se depara desproporcional.

V. Agravo de instrumento desprovido. Embargos de declaração prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicados os embargos de declaração opostos., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA em face de r. decisão (ID 706277) através da qual foi rejeitada impugnação a cumprimento de decisão.

Sustenta a recorrente, em síntese, ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, incompetência do juízo “a quo”, inexigibilidade do crédito, ausência de título executivo, inaplicabilidade de multa diária, que o valor de multa aplicado é excessivo e desproporcional, bem como ilegalidade do bloqueio de ativos financeiros realizado.

Em juízo sumário de cognição (ID 1119016) foi indeferido o efeito suspensivo ao recurso.

O recurso foi respondido.

Interposto agravo interno pela parte agravante, o recurso foi desprovido em sessão de julgamento realizada em 24/09/2019 (ID 90614376).

Embargos de declaração (ID 96858180) foram opostos em face do referido acórdão aduzindo que “*tratando a presente demanda de discussão envolvendo o cumprimento de sentença de multa fixada decorrente de ordem judicial para a qual se aplicam os termos e*

procedimentos do Decreto Executivo nº 3.810/2001, forçosa é a sua aplicação in casu, com a consequente suspensão dos presentes autos até o julgamento final da ADC 51”.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

Versa o recurso interposto matéria de impugnação a cumprimento de decisão.

O juiz de primeiro grau rejeitou a impugnação nos seguintes termos:

Trata-se de impugnação ao cumprimento de decisão com pedido de efeito suspensivo, que determinou a empresa Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. pagar multa coercitiva no valor de quinhentos mil reais, aplicada por descumprimento de ordem judicial, pelo período de 06.11.2014 a 15.12.2014, que determinou a quebra de sigilo de dados e a interceptação telemática de contas do facebook, exarada nos autos do procedimento investigatório n.º 0000270-81.2014.403.6121. O referido inquérito foi desaforado para outra Subseção Judiciária, cujas cópias formam estes autos. Sustenta o Facebook: 1) ilegitimidade ativa do MPF para a cobrança, sendo a União Federal o titular do benefício econômico; portanto, legitimada para a cobrança, que deve ser realizado mediante regular procedimento administrativo para a inscrição do valor em Dívida Ativa; 2) incompetência do Juízo da 1ª Vara de Taubaté para promover a execução, devendo ser processado perante a Subseção Judiciária de Juiz de Fora, local onde tramita o procedimento investigatório n.º 0000270-81.2014.403.6121; 3) inexigibilidade do crédito por ausência de título executivo, pois a execução depende da existência de sentença no processo criminal e inscrição em dívida ativa; 4) inaplicabilidade da multa diária para a hipótese versada, tendo em vista que a Impugnante não é parte do procedimento criminal origem ou que seja fixada no máximo de dez salários mínimos de acordo com o art. 77 do CPC; 5) arbitramento das *astreintes* em valor excessivo e desproporcional, seja porque a Impugnante não é a real destinatária da ordem a ser cumprida, seja pela impossibilidade material de cumpri-la, requerendo a revisão dos valores impostos, nos termos do art. 537, 1º, I, do CPC. Em resposta, o Representante do Ministério Público Federal (fls. 346/359) reconhece a tempestividade da impugnação e refuta todas as teses de defesa porque contraditórias e superadas pela jurisprudência. Pondera o parquet que a decisão de imposição de multa diária é amparada pelo Código de Processo Civil de 1973 e pelo atual, respectivamente, art. 461, 5º e artigos 536 e 537, diante da autorização contida no artigo 3º do CPP (aplicação analógica). Aduz que a alegação de ausência de título executivo judicial não se sustenta, tendo em vista que o artigo 515, I, NCPC prevê que, além das sentenças, todas as decisões que reconheçam a existência de obrigação de pagar quantia são títulos executivos. Sustenta o Ministério Público Federal que tem legitimidade para figurar como exequente - provocar a imposição e execução de *astreintes* por descumprimento de decisão com o fito de elucidar a autoria e a materialidade de delito previsto pelo ECA, na medida em que também é legitimado para proteção de interesses difusos e coletivos, cujos valores serão revertidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). Afirma que a competência é do Juízo onde se formou o título, de natureza cível, sendo irrelevante que o processo criminal origem tenha sido remetido para outro Juízo, pois o fato determinante do desforamente em nada se relaciona com a obrigação exequível. Afirma, por fim, que o valor da multa aplicada não ostenta valor excessivo diante das circunstâncias que permeiam o caso concreto. Decido. Ressalto que a multa cominada não se confunde com a decorrente da conduta prevista no inciso IV do art. 77 do NCPC (desrespeito ao princípio da boa-fé processual). A multa imposta nesse caso é punitiva pelo mau comportamento, diferentemente da *astreintes* que objetiva vencer a obstinação quanto ao

cumprimento da obrigação de fazer ou entregar coisa, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância e tem amparo no artigo 461, 5º, CPC/73 e artigos 536 e 537, do NCP. Mediante a consolidação da jurisprudência, o STJ já definiu, em suma, que as *astreintes* (i) devem incidir a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância (REsp 699.495); (ii) ser computadas após a intimação do devedor, por intermédio do seu patrono, acerca da execução provisória e do decurso do prazo fixado para o cumprimento voluntário da obrigação (EAg 857.758); (iii) podem ser revogadas, hipótese em que seus valores deverão, inclusive, ser devolvidos por quem os recebeu (AgRg no Ag 1.383.367); ou, até mesmo, alteradas - quando insuficientes ou excessivas - mesmo após o trânsito em julgado da respectiva decisão de imposição (AgRg no AREsp 14.395). A medida coercitiva pode ser imposta também a terceiro que não faz parte da relação processual como meio de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, como é o caso da empresa Facebook que detém informações imprescindíveis para a persecução penal. O juízo criminal, ao aplicar multa cominatória à empresa responsável pelo fornecimento de dados decorrentes da quebra de sigilo determinada em inquérito policial, estabelece com ela uma relação jurídica de natureza cível e a cobrança tem esteio no artigo 515, I, do NCP. Quanto ao momento da execução, decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça que a decisão que fixa multa diária por descumprimento de obrigação é título executivo hábil para execução definitiva e prescinde de trânsito em julgado de decisão definitiva. Nessa linha de entendimento, não há relação de dependência com os autos origem de natureza criminal, devendo ser executada perante o juízo da formação da multa, ou seja, este Juízo de Taubaté é competente, independentemente do desaforamento do Procedimento Investigatório que deu origem à fixação de multa. A jurisprudência do e. STJ pacificou a compreensão no sentido de que o valor das *astreintes* deve ser revertido, exclusivamente, ao credor, ou seja, a quem efetivamente, sofreu os danos decorrentes do desrespeito à decisão judicial impositiva da multa. No caso em apreço, o destinatário é o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, conforme mencionado pelo parquet às fls. 353 e 354. Nesse contexto, tem o MPF legitimidade ativa para a cobrança, porquanto atua no uso de suas atribuições constitucionais na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127 da CF). A demora no cumprimento da determinação de fornecer informações para apurar a prática de delito descrito no artigo 241-A da Lei n.º 8.069/90, a par de desrespeitar decisão estatal, ofende toda a coletividade na medida em que deixa expor ofensivamente crianças e adolescentes, situação que reclama a intervenção do Ministério Público para que o devedor da obrigação seja efetivamente responsabilizado. No caso em apreço, a primeira intimação da empresa Facebook acerca da decisão que determinou a quebra de dados telemáticos, ocorreu em 22.08.14 (fl. 34 e 72). Diante do descumprimento, em 06.11.2014 (fl. 121), a empresa foi novamente intimada da decisão que agravou a multa de três para cinquenta mil reais por dia de atraso, limitado ao valor máximo de quinhentos mil reais (fls. 96/100). Somente em março de 2015 foi possível ao MPF obter a informação requisitada ao Facebook e assim detectar o possível responsável pelo fato criminoso. Assim, a multa atingiu o montante máximo fixado de quinhentos mil reais, descumprimento pelo período de 06.11.2014 a 15.12.2014, que foi atualizado pelo Setor de Cálculos Judiciais até maio/2016 (fl. 264). Quanto ao valor da multa, pondero que o valor fixado a título de *astreintes* deve ser tal que não seja mais vantajoso ao devedor resistir ao cumprimento da obrigação. Desse modo, entendo não ser desproporcional ou desarrazoado o valor de quinhentos mil reais diante da magnitude da empresa Facebook e o direito subjacente tutelado. Diante do exposto, rejeito a impugnação ao cumprimento da decisão e declaro exigível a obrigação de pagar R\$ 576.473,55 (quinhentos e setenta e seis mil, quatrocentos e setenta e três reais e cinquenta e cinco centavos), valor atualizado até maio/2016, por descumprimento de ordem judicial pelo período de 06.11.2014 a 15.12.2014. Decorrido o prazo para manifestação, providencie a Secretaria de acordo com o requerimento do MPF itens “a”, “b” e “c” às fls. 258/359. Intimem-se.

Na apreciação do pedido de efeito suspensivo a pretensão recursal foi objeto de juízo desfavorável em decisão proferida nestes termos:

Neste juízo sumário de cognição, não se me parecendo as razões recursais hábeis a abalar a motivação da decisão recorrida ao aduzir que “A jurisprudência do e. STJ pacificou a compreensão no sentido de que o valor das *astreintes* deve ser revertido, exclusivamente, ao credor, ou seja, a quem efetivamente, sofreu os danos decorrentes do desrespeito à decisão judicial impositiva da multa. No caso em apreço, o destinatário é o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, conforme mencionado pelo parquet às fls. 353 e 354. Nesse contexto, tem o MPF legitimidade ativa para a cobrança, porquanto atua no uso de suas atribuições constitucionais na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127 da CF). A demora no cumprimento da determinação de fornecer informações para apurar a prática de delito descrito no artigo 241-A da Lei n.º 8.069/90, a par de desrespeitar decisão estatal, ofende toda a coletividade na medida em que deixa expor ofensivamente crianças e adolescentes, situação que reclama a intervenção do Ministério Público para que o devedor da obrigação seja efetivamente responsabilizado”, e que “decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça que a decisão que fixa multa diária por descumprimento de obrigação é título executivo hábil para execução definitiva e prescinde de trânsito em julgado de decisão definitiva . Nessa linha de entendimento, não há relação de dependência com os autos origem de natureza criminal, devendo ser executada perante o juízo da formação da multa, ou seja, este Juízo de Taubaté é competente, independentemente do desaforamento do Procedimento Investigatório que deu origem à fixação de multa”, quanto à aplicação da multa e ao valor arbitrado destacando-se não se tratar de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, mas multa coercitiva para cumprimento de determinação judicial, o valor inicialmente arbitrado no montante de R\$ 3.000,00 por dia de descumprimento tendo se mostrado insuficiente para constranger a agravante ao cumprimento da determinação judicial, justificando-se o aumento do valor da multa coercitiva para R\$ 50.000,00 ao dia e, ainda assim, segundo se depreende da decisão agravada, “Somente em março de 2015 foi possível ao MPF obter a informação requisitada ao Facebook e assim detectar o possível responsável pelo fato criminoso”, anotando-se que não foi objeto da decisão recorrida a alegada ilegalidade do bloqueio, sua análise representando interdita supressão de instância, à falta do requisito de probabilidade de provimento do recurso, indefiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo.

Interposto agravo interno pela parte agravante, esta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso nos termos do voto do relator proferido nos seguintes termos:

Recorre a parte da decisão inicial pela qual foi indeferido o pedido de efeito suspensivo pretendido no agravo de instrumento.

Consoante o artigo 1.021, §1º do CPC/2.015, “o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada”.

Necessário, portanto, para a reforma da decisão impugnação específica e convincente de ocorrência de desacerto da decisão.

Os argumentos lançados no presente recurso não infirmam os fundamentos da decisão inicial, restando incólume o entendimento de inexistência de requisito legal para o deferimento do provimento perseguido.

No caso, a decisão proferida funda-se na consideração de falta de preenchimento do requisito de probabilidade de provimento do recurso, estando mesmo minuciosamente elencadas as razões de decidir, não se infirmando a circunstância de destinação da multa ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos e a legitimidade do MPF, quanto a tratar-se de título executivo fundando-se a decisão em jurisprudência do E. STJ e desse entendimento derivando a inexis-

tência de dependência aos autos de origem criminal, no recurso nada individualmente sendo apontado pela agravante que o que faz é mera contraposição à decisão inicial com reiteração de argumentos do arrazoado inicial, em síntese sendo caso de descumprimento de decisão proferida em inquérito policial e com inconsistentes argumentos pretendendo a agravante eximir-se de correspondente obrigação, em tudo remanescendo íntegro o juízo emitido, em nada abalado pelas alegações do presente recurso que não convencem da ocorrência de erro no julgamento.

Ressalto, ainda, quanto à alegada ilegitimidade do Ministério Público para a execução da multa fixada, ser matéria que passou recentemente pelo crivo do E. STJ, no julgamento do AgRg no AREsp 1320743/MG, de relatoria do Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2019, firmando entendimento no sentido de sua legitimidade, convindo destacar o seguinte excerto do voto:

“No que concerne à alegada ilegitimidade do Ministério Público, reafirmo que as *astreintes* fixadas pelo Juízo Criminal, embora estabeleçam entre este e o terceiro uma relação jurídica de direito processual civil, não perdem sua íntima ligação com o processo penal. A fixação das *astreintes* no processo penal tem o objetivo de assegurar a necessária força imperativa das decisões judiciais, protegendo a eficiência da tutela do processo e dos interesses públicos nele envolvidos.

Nessa linha de intelecção, reitero que a legitimidade do Ministério Público encontra amparo no art. 178, inciso I, do Código de Processo Civil, haja vista o interesse público afeto às ações penais públicas, cuja iniciativa lhe é privativa, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal. Portanto, o interesse na execução das *astreintes* no processo penal não se limita à consequência patrimonial, mas, primordialmente, à manutenção da higidez do processo penal, ante a necessidade de busca da verdade real.

Relevante registrar, outrossim, que, embora o art. 178, parágrafo único, do Código de Processo Civil disponha que “a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público”, o art. 142 do Código de Processo Penal legitima o Ministério Público a propor medidas assecuratórias reais, “se houver interesse da Fazenda Pública”. Dessa forma, compatibilizando-se ambos os dispositivos, deve-se concluir igualmente pela legitimidade do Ministério Público Federal na hipótese dos autos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Confirma-se a motivação exposta na decisão inicial e no julgamento do agravo interno, pelos fundamentos com suficiência expostos possibilitando-se o desacolhimento da pretensão recursal.

Quanto à alegação de ilegalidade no bloqueio de ativos financeiros, todavia, revejo posicionamento firmado na decisão inicial conquanto o caso efetivamente não é de supressão de instância, tratando-se, em verdade, de total impertinência que relação alguma traz com a decisão agravada.

Com efeito, pretende a parte agravante por via oblíqua a reforma de decisão proferida em processo criminal em que se determinou o bloqueio de valores com alegação de “*que esta questão se apresenta como matéria de ordem pública*”, o que a meu juízo não tem a menor consistência, totalmente vazia de conteúdo na perspectiva pela parte encaminhada sendo a alegação de que “*qualquer bloqueio de ativos financeiros deve observar o devido processo legal*”, simplesmente lançando a parte referida alegação sem sequer se dar ao trabalho de demonstrar porque o caráter obrigatório de normas que em face de todos os interesses se impõe sem por óbvio a tudo imprimir o caráter de matéria de ordem pública de modo diferente com semelhante efeito se aplicaria a seus interesses recaindo em questão de constrição patrimonial via bloqueio de ativos financeiros.

Por estes fundamentos, nego provimento ao agravo de instrumento e julgo prejudicados os embargos de declaração opostos.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

5000092-39.2018.4.03.6143

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: SUMATRA - COMÉRCIO EXTERIOR LTDA.

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/04/2020

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITOS AO RECURSO DE APELAÇÃO. ART. 1.012, DO CPC. DUPLO EFEITO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão foi proferida com o entendimento jurisprudencial desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 1.012, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. É pacífica a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça que a apelação interposta de sentença denegatória de mandado de segurança, como no caso em voga, deve ser recebida apenas no efeito devolutivo.

3. Apenas será atribuído o efeito suspensivo ou concedida a antecipação dos efeitos da tutela recursal, nas hipóteses em que o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, §4º, do CPC).

4. No caso dos autos, esta Relatoria já havia reconhecido a relevância da fundamentação e o risco de dano grave e de difícil reparação, nos autos do Agravo de Instrumento nº 5003211-07.2018.403.0000 interposto pela ora apelante em face da decisão que indeferiu a medida liminar requerida no presente *mandamus*.

5. Deveras, verificou que a jurisprudência do antigo Conselho de Contribuintes (atual CARF) era absolutamente pacífica no sentido de que inexistia disposição legal que impusesse a trava de 30% na hipótese de extinção da pessoa jurídica, conforme julgados tanto da CSRF, órgão responsável por unificar o entendimento do CARF, como de todas as câmaras do tribunal administrativo.

6. Verificou-se, bem assim, que, tanto em 2002 como em 2004 as decisões da C. CSRF unificaram o seu posicionamento sobre o tema. Em outubro de 2004, quando ocorreu a operação de reorganização da embargante, era provável supor a aceitação por todas as câmaras do CARF e por sua C. CSRF da compensação de prejuízos sem o limite da trava de 30% nos casos de extinção de pessoa jurídica. Em votação unânime (16 conselheiros, representando a Fazenda e os contribuintes), no julgamento do Acórdão CSRF nº 01-05.100 em outubro de 2004 (mês dos fatos ora discutidos), a CSRF cristalizou o posicionamento do CARF a favor dos contribuintes.

7. Nessa perspectiva, restou inegável reconhecer que a jurisprudência pacífica do CARF e de sua C. CSRF caracteriza prática reiterada para os fins do art. 100, inciso III e parágrafo único do CTN, de modo que a sua observância exclui a imposição de quaisquer penalidades bem como a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo

8. Como foi bem de ver, não se legitima, em princípio, a imposição de multa e juros de mora sobre um débito tributário que, à época dos fatos (2004), não existiria segundo o CARF e seu órgão responsável por unificar o entendimento de matérias tributárias federais (CSRF), sob pena de violação do art. 100 do CTN.

9. Por sua vez, a apelante/agravada propugnou e reitera em seu recurso que o julgamento da C. CSRF, decidido mediante voto de qualidade, leva à incidência do art. 112 do CTN.

10. Penso, porém, não ser essa exatamente a hipótese de aplicação do art. 112 do CTN, pois, mesmo em se constatando a dúvida objetiva – empate entre os oito conselheiros – acerca da tributação, a solução dada pelo órgão julgador não pode ser considerada, por si só, como revestida de incerteza, a par de ser destacado que o julgamento pelo voto de qualidade encontra amparo legal.

11. De todo modo, o efeito suspensivo, previsto no art. 1.012, §4º, do CPC, justifica-se em face da relevância do fundamento invocado quanto à aplicabilidade do art. 100, inciso III e seu parágrafo único, do CTN a favor da apelante/agravada e sem se olvidar do perigo de dano grave e de difícil reparação a que está sujeita.

12. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 92193260) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 88095321) que, nos termos do art. 1.012, §§3º e 4º, do CPC, concedeu o efeito suspensivo à apelação, com a antecipação da tutela recursal, para o fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário consubstanciado na multa e nos juros decorrentes do Auto de Infração.

Em suas razões de inconformismo a agravante alega que a r. sentença julgou procedente o pedido da parte autora, confirmando a tutela inicialmente concedida e garantindo a continuidade do benefício fiscal da redução de alíquota a zero do PIS e da COFINS, o que se aplica a exceção prevista no §1º, V, do art. 1.012 “confirma, concede ou revoga tutela provisória”, devendo o recurso de apelação ser recebido no efeito apenas devolutivo.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 101871540).

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

A regra é o recebimento do recurso do duplo efeito nos termos do caput do art. 1.012 do Código de Processo Civil, sendo a exceção prevista nos incisos do §1º, do mesmo artigo, nos seguintes termos:

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º. Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

É pacífica a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça que a apelação interposta de sentença denegatória de mandado de segurança, como no caso em voga, deve ser recebida apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo ou concedida a antecipação dos efeitos da tutela recursal, nas hipóteses em que o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, §4º, do CPC).

O §4º, do artigo 1012, do Código de Processo Civil prevê:

§4º Nas hipóteses do §1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

No caso dos autos, esta Relatoria já havia reconhecido a relevância da fundamentação e o risco de dano grave e de difícil reparação, nos autos do Agravo de Instrumento nº 5003211-07.2018.403.0000 interposto pela ora apelante em face da decisão que indeferiu a medida liminar requerida no presente *mandamus*.

Deveras, verificou que a jurisprudência do antigo Conselho de Contribuintes (atual CARF) era absolutamente pacífica no sentido de que inexistia disposição legal que impusesse a trava de 30% na hipótese de extinção da pessoa jurídica, conforme julgados tanto da CSRF, órgão responsável por unificar o entendimento do CARF, como de todas as câmaras do tribunal administrativo.

Verificou-se, bem assim, que, tanto em 2002 como em 2004 as decisões da C. CSRF unificaram o seu posicionamento sobre o tema. Em outubro de 2004, quando ocorreu a operação de reorganização da embargante, era provável supor a aceitação por todas as câmaras do CARF

e por sua C. CSRF da compensação de prejuízos sem o limite da trava de 30% nos casos de extinção de pessoa jurídica. Em votação unânime (16 conselheiros, representando a Fazenda e os contribuintes), no julgamento do Acórdão CSRF nº 01-05.100 em outubro de 2004 (mês dos fatos ora discutidos), a CSRF cristalizou o posicionamento do CARF a favor dos contribuintes.

Nessa perspectiva, restou inegável reconhecer que a jurisprudência pacífica do CARF e de sua C. CSRF caracteriza prática reiterada para os fins do art. 100, inciso III e parágrafo único do CTN, de modo que a sua observância exclui a imposição de quaisquer penalidades bem como a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, não sendo outro o entendimento desta Turma, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREJUÍZOS FISCAIS EBASES NEGATIVAS DE CSLL. COMPENSAÇÃO. LIMITE DE TRINTA POR CENTO. COMPENSAÇÃO DIFERIDA. SOCIEDADE EXTINTA POR INCORPORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO FUTURA DO EXCEDENTE. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ALÉM DO LIMITE. PRÁTICA ADMINISTRATIVA REITERADA. ART. 100 CAPUT E § ÚNICO DO CTN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO. RECURSO PROVIDO.

(...)

- Partindo dessa premissa, e levando-se em conta a impossibilidade de uso dos prejuízos fiscais das pessoas jurídicas incorporadas pelas pessoas jurídicas incorporadoras, a jurisprudência administrativa admitiu por muito tempo que nos casos de extinção por incorporação, a compensação ocorresse além do limite estabelecido pelo art. 15 da Lei n. 9.065/95.

- A exemplo disso os julgados: 1º Conselho de Contribuintes, 1ª Câmara, Acórdão nº 101-95.872; 1º Conselho de Contribuintes, 3ª Câmara, Acórdão nº 103-23.594; 1º Conselho de Contribuintes, 7ª Câmara, Acórdão nº 107-09.243; 1º Conselho de Contribuintes, 8ª Câmara, Acórdão nº 108-07.456; 1º Conselho de Contribuintes, 8ª Câmara, Acórdão nº 108-06.682; Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Acórdão nº 1021-00.108; Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Acórdão nº 1201-00.165; Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Acórdão nº 1302-00.098; Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Seção, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Acórdão nº 1402-00.063. (...)

- *De fato, a alteração de práticas reiteradas no âmbito administrativo não deve atingir aqueles que antes dessa alteração possuíam pedidos administrativos pendentes e na hipótese de atingi-los, não deve resultar, nos termos do § único, em penalidades. (...) Noutro passo, ainda que o conselho administrativo novamente altere o entendimento acerca do tema, deverá ser observada a irretroatividade da alteração aos casos em que o contribuinte obedeceu o entendimento firmado a época em que realizou a compensação.(...)* (grifos nossos)

(Agravado de Instrumento nº 0009691-57.2016.4.03.0000/SP, Quarta Turma, Rel. Des. Mônica Nobre, j. 27.10.2016).

Como foi bem de ver, não se legitima, em princípio, a imposição de multa e juros de mora sobre um débito tributário que, à época dos fatos (2004), não existiria segundo o CARF e seu órgão responsável por unificar o entendimento de matérias tributárias federais (CSRF), sob pena de violação do art. 100 do CTN.

Por sua vez, a apelante propugnou e reitera em seu recurso que o julgamento da C. CSRF, decidido mediante voto de qualidade, leva à incidência do art. 112 do CTN, *in verbis*:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I - à capitulação legal do fato; II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos

seus efeitos; III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Insiste que tal dispositivo é a cristalização do brocardo *in dubio pro reo*, em matéria de infração tributária, de forma que, caso se identifiquem diversas normas, aplica-se aquela mais benéfica ao acusado.

Informa, mais uma vez, que, no âmbito de julgamento do Acórdão nº 9101-002.485, a 1ª Turma da C. CSRF, composta por oito conselheiros, chegou a um empate, uma vez que quatro conselheiros votaram favoravelmente à Agravante.

Continua a propugnar que o Decreto n. 70.235/1972 dispõe que, em caso de empate no julgamento de turma da C. CSRF, caberá ao presidente do CARF, que é necessariamente indicado pela Fazenda Nacional, decidir a demanda por meio de voto de qualidade”, vale dizer, em caso de empate, o voto do representante da Fazenda Nacional adquire peso duplo, desempatando a contenda.

A esse respeito, nota-se que, de fato, os oito conselheiros da 1ª turma da C. CSRF não chegaram a um entendimento a respeito da possibilidade de compensação de prejuízos fiscais em limite superior a 30%, já que os oito conselheiros permaneceram em dúvida (ficando quatro de cada lado) a respeito da exigibilidade do tributo na situação analisada, sendo o processo administrativo solucionado pelo voto de qualidade.

Penso, porém, não ser essa exatamente a hipótese de aplicação do art. 112 do CTN, pois, mesmo em se constatando a dúvida objetiva – empate entre os oito conselheiros – acerca da tributação, a solução dada pelo órgão julgador não pode ser considerada, por si só, como revestida de incerteza, a par de ser destacado que o julgamento pelo voto de qualidade encontra amparo legal.

De todo modo, o efeito suspensivo, previsto no art. 1.012, § 4º, do CPC, justifica-se em face da relevância do fundamento invocado quanto à aplicabilidade do art. 100, inciso III e seu parágrafo único, do CTN a favor da apelante/agravada e sem se olvidar do perigo de dano grave e de difícil reparação a que está sujeita.

Assim, a decisão foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 1.012, 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

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

5000370-05.2019.4.03.0000

Suscitante: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - TERCEIRA TURMA

Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO - SEXTA TURMA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/04/2020

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TERCEIRA TURMA x SEXTA TURMA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSOS ANTERIORES DERIVADOS DA MESMA AÇÃO ORIGINÁRIA. DECISÃO POSTERIOR QUE DETERMINA A LIVRE REDISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS RELACIONADOS À AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE QUESTIONAMENTO OPORTUNO. COMPETÊNCIA INTERNA. NATUREZA RELATIVA. PRECLUSÃO. CONFLITO PROCEDENTE.

I - De acordo com o entendimento pacífico dos C. Tribunais Superiores, é *relativa*, e não *absoluta*, a competência interna definida nos Regimentos Internos dos Tribunais, ocorrendo a *preclusão* e a *prorrogação da competência* caso a matéria não seja oportunamente suscitada pelo interessado até o *início do julgamento do processo*. Neste sentido: STF, AGR no MS nº 33.806/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, por maioria, j. 17/03/16, DJe 13/05/16; STF, ED no AgR no RMS nº 27.254/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, v.u., j. 31/05/16, DJe 29/06/16; STJ, AgInt nos EREsp 1.382.576/MS, Corte Especial, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 11/06/19, DJe 14/06/19; STJ, CC nº 157.132/SP, Corte Especial, Rel. Min. Og Fernandes, v.u., j. 20/06/18, DJe 26/06/18.

II- No caso concreto, os recursos interpostos contra as decisões proferidas na ACP nº 0027929-51.2002.4.03.6100 foram originalmente distribuídas para relator integrante da E. Quarta Turma deste Tribunal.

III- Proferida decisão que resultou na livre distribuição dos recursos vinculados à ACP nº 0027929-51.2002.4.03.6100 para novo relator, pertencente à E. Sexta Turma desta Corte. Inexistência de questionamento, de ofício, ou a requerimento do interessado, quanto à regularidade da referida decisão.

IV- Incabível, no presente momento, promover o reexame do teor da decisão que resultou na redistribuição dos processos relacionados à ACP nº 0027929-51.2002.4.03.6100, com vistas a saber se esta foi proferida ou não em conformidade com as normas regimentais que regulam a competência interna dos órgãos jurisdicionais desta E. Corte, por força da preclusão.

V- Novos recursos vinculados a este processo devem ser distribuídos por prevenção para a E. Sexta Turma desta Corte, em conformidade com o disposto no art. 15, *caput*, do Regimento Interno deste Tribunal.

VI - Conflito de competência procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, julgou procedente o conflito, reconhecendo a competência do E. Desembargador Federal suscitado para o julgamento do feito, nos termos do voto do Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator). Votaram os Desembargadores Federais THEREZINHA CAZERTA, NERY JÚNIOR, PAULO FONTES, ANDRÉ NEKATSCHALOW, CONSUELO YOSHIDA, SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, MARISA SANTOS, DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA e MARLI FERREIRA. Declararam suspeição os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE e FÁBIO PRIETO. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais PEIXOTO JÚNIOR e HÉLIO NOGUEIRA. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pela E. Desembargadora Federal Cecília Marcondes, integrante da E. Terceira Turma deste Tribunal, nos autos do agravo de instrumento nº 5025999-15.2018.4.03.0000, tendo como suscitado o E. Desembargador Federal Johansom Di Salvo, integrante da E. Sexta Turma desta Corte.

Referido agravo foi interposto por Acidônio Ferreira da Silva contra decisão proferida na ação civil pública nº 0027929-51.2002.4.03.6100, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de Paulo Theotonio Costa e outros réus.

O recurso indicado (nº 5025999-15.2018.4.03.0000) foi originalmente distribuído ao E. Desembargador Federal Valdeci dos Santos (integrante da E. Primeira Turma), em 16/10/2018, o qual, com fundamento na competência material regulada no art. 10, §2º, do RI deste Tribunal, determinou a redistribuição do feito a uma das Turmas da E. Segunda Seção (doc. nº 21.741.985, p. 17).

Os autos foram, então, redistribuídos para a E. Desembargadora Federal Cecília Marcondes (Terceira Turma) que, em 25/10/2018, determinou o encaminhamento dos autos aos gabinetes dos E. Desembargadores Federais Johansom Di Salvo, André Nabarrete e Marli Ferreira para verificação de eventual prevenção (doc. nº 21.741.985, p. 19).

Na data de 29/10/2018, a E. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, em substituição regimental ao E. Desembargador Federal Johansom Di Salvo (Sexta Turma), proferiu despacho reconhecendo a prevenção de S. Exa., uma vez que outros recursos originados da mesma ação civil pública já haviam sido distribuídos para aquele E. Relator em datas anteriores. Determinou, ainda, o prosseguimento das consultas de prevenção, por cautela (doc. nº 21.741.985, p. 21/22).

O E. Desembargador Federal André Nabarrete (Quarta Turma), no dia 08/11/2018, manifestou-se no sentido de inexistir prevenção relativamente ao AI nº 0012234-77.2009.4.03.0000, do qual era relator, tendo em vista que outros recursos oriundos da mesma ação civil pública haviam sido distribuídos, no passado, ao E. Desembargador Federal Johansom Di Salvo (doc. nº 21.741.985, p. 24).

A E. Desembargadora Federal Marli Ferreira (Quarta Turma) se pronunciou em 13/11/2018, não reconhecendo a prevenção, pois as apelações e agravos de instrumento de sua relatoria já haviam sido baixadas à Vara de Origem – com exceção da AC nº 0015614-68.2014.4.03.6100, que era relativa a outro processo originário. Destacou, além disso, que outro Desembargador Federal já havia se declarado prevento (doc. nº 21.741.985, p. 25).

Ultimadas as consultas de prevenção, a E. Desembargadora Federal Cecília Marcondes determinou a redistribuição do AI nº 5025999-15.2018.4.03.0000 ao E. Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, no dia 21/11/2018 (doc. nº 21.741.985, p. 26).

Redistribuídos os autos em 22/11/2018, ao E. Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, S. Exa. proferiu decisão nos seguintes termos, em 19/12/2018 (doc. nº 21.741.985, p. 28/29):

Melhor analisando o caso, em juízo de retratação torno sem efeito a decisão ID 7521069 na qual foi reconhecida a prevenção desta Relatoria.

Discute-se nestes autos de agravo de instrumento interposto por ACIDÔNEO FERREIRA DA SILVA a decisão que indeferiu pedido – renovado – de liberação da indisponibilidade dos bens decretada em sede de ação civil pública de improbidade administrativa.

É certo que o presente agravo de instrumento foi tirado da mesma ação civil pública originária dos recursos mencionados na certidão ID 7190336 atualmente vinculados à minha Relatoria no âmbito da Sexta Turma, circunstância que ensejou o reconhecimento de prevenção.

Sucede que o primeiro feito distribuído a minha Relatoria nesta Sexta Turma foi a Apelação nº 0021928-74.2007.4.03.6100, redistribuída em 18.09.2013, por conta da suspeição declarada por dois dos Desembargadores Federais na Quarta Turma, o que inviabilizava o julgamento. Em seguida, o Agravo de Instrumento nº 0036339-55.2008.4.03.0000, foi redistribuído a este Relator, em 24.04.2014, pelo mesmo motivo.

Ocorre que, em razão de alteração na composição da Quarta Turma e também havendo feitos conexos ao processo nº 0027929-51.2002.4.03.6100 distribuídos com precedência no mencionado órgão julgador, inclusive com o julgamento colegiado de apelação em 01/08/2018 (Processo nº 0015614-68.2014.4.03.6100), entendo não haver prevenção.

Tornem os autos à distribuição anterior para as providências que S. Ex^a alvitar. (grifos no original)

Após o recebimento dos autos, a E. Desembargadora Federal Cecília Marcondes suscitou o presente conflito de competência, com base nos fundamentos que ora reproduzo (doc. nº 21.741.985, p. 33/34):

Pelo despacho (Id 7915308), diante do reconhecimento da prevenção pelo E. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, determinei a redistribuição para Sua Excelência, que proferiu decisão (Id 12971326) retratando e tornando sem efeito o anterior reconhecimento de prevenção, *in verbis*:

(...)

Diante desse decísum, estes autos foram a mim redistribuídos.

Pois bem, é incontroverso que este agravo de instrumento é originário de Ação Civil Pública da qual foram extraídos anteriormente vários outros recursos sob relatorias distintas. Da mesma forma é incontroverso que este recurso foi a mim distribuído por sorteio, sem apontamento de prevenção, portanto.

Incide na espécie, assim, o disposto no artigo 930, parágrafo único, do CPC, segundo o qual: 'Art. 930. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade.

Parágrafo único. O primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento o relator para

eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo.'

Esse mesmo procedimento já estava previsto artigo 15, caput, do Regimento Interno deste Tribunal, de seguinte teor, in verbis:

'Art. 15 - Ressalvada a competência do Plenário ou da Seção, dentro de cada área de especialização, a Turma que primeiro conhecer de um processo, incidente ou recurso, terá seu Relator prevento para o feito, para novos incidentes ou para recursos, mesmo relativos à execução das respectivas decisões.

...'

Dessarte, sob qualquer prisma que se enfoque, à luz da legislação processual civil e do disposto no Regimento Interno desta Corte Regional, não reconheço minha competência para processar e julgar este recurso, sobretudo considerada a possibilidade de prolação de decisões contraditórias, posto tratar-se de reiteração de pedido de liberação de bens, cujo decreto de indisponibilidade já foi analisado anteriormente, conforme consignado na decisão agravada, razão pela qual *suscito conflito negativo de competência*. (grifo no original)

Em 18/02/2019, designei o E. Desembargador Federal suscitado para resolver as medidas urgentes, em caráter provisório (doc. nº 32.621.378).

O Ministério Público Federal opinou pela procedência do conflito (doc. nº 37.991.044, p. 1/4).

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): Trata-se de conflito de competência no qual se busca definir a competência para o julgamento do agravo de instrumento nº 5025999-15.2018.4.03.0000, oriundo da ação civil pública nº 0027929-51.2002.4.03.6100.

Primeiramente, farei um breve apanhado das distribuições ocorridas nesta Corte, desde setembro de 2008, relativamente aos feitos relacionados à ACP nº 0027929-51.2002.4.03.6100.

Em 19/09/2008, foi interposto neste Tribunal, o Agravo de Instrumento nº 0036339-55.2008.4.03.0000, visando impugnar decisão proferida na ação civil pública nº 0027929-51.2002.4.03.6100.

Consultando o sistema de gerenciamento de feitos - SIAPRO, é possível constatar que, inicialmente, o AI nº 0036339-55.2008.4.03.0000 foi distribuído, por dependência, para o Órgão Especial, ao E. Desembargador Federal Mairan Maia.

Em razão da inexistência de prevenção, o referido recurso foi livremente distribuído no âmbito das Turmas deste Tribunal, sendo direcionado, em 15/10/2008, para o E. Desembargador Federal Nery Junior, então integrante da Quarta Turma. Diante do impedimento de S. Exa., o processo foi redistribuído para a E. Desembargadora Federal Alda Basto em 22/10/2008, a qual também se declarou impedida.

Os autos foram, então, redistribuídos para a E. Desembargadora Federal Salette Nascimento, no mesmo dia 22/10/08.

Em 05/06/2012, em razão da posse da E. Desembargadora Federal Salette Nascimento no cargo de Vice-Presidente desta Corte, o AI nº 0036339-55.2008.4.03.0000, por sucessão, passou para a relatoria do E. Desembargador Federal André Nabarrete.

Em razão do impedimento do E. Desembargador Federal André Nabarrebete, o AI nº 0036339-55.2008.4.03.0000 foi, mais uma vez, redistribuído, desta vez para a E. Desembargadora Federal Marli Ferreira, no dia 04/07/2012.

No dia 06/07/2012, a AC nº 0021928-74.2007.4.03.6100, que se encontrava sob a relatoria do E. Desembargador Federal André Nabarrebete, também foi redistribuída para a E. Desembargadora Federal Marli Ferreira, por dependência ao AI nº 0036339-55.2008.4.03.0000.

Cabe esclarecer que a AC nº 0021928-74.2007.4.03.6100 consiste em apelação interposta nos autos dos embargos de terceiro que, no primeiro grau, haviam sido distribuídos por dependência à ação civil pública nº 0027929-51.2002.4.03.6100, na data 25/07/2007.

No dia 11/09/2013, a E. Desembargadora Federal Marli Ferreira proferiu a seguinte decisão nos autos da AP nº 0021928-74.2007.4.03.6100: *“Diante das suspeições declaradas por dois e. Desembargadores integrantes desta E. Quarta Turma, inviabilizando o julgamento da apelação interposta, remetam-se os autos à UFOR para redistribuição.”*

Diante desta determinação, a AC nº 0021928-74.2007.4.03.6100 foi redistribuída para o E. Desembargador Federal Johansom Di Salvo em 13/09/2013.

Posteriormente, no dia 24/04/2014, o AI nº 0036339-55.2008.4.03.0000 também foi redistribuído para o E. Desembargador Federal Johansom Di Salvo, por dependência à AC nº 0021928-74.2007.4.03.6100.

Além disso, após 13/09/2013 – data em que, como destacado, ocorreu a redistribuição da AC nº 0021928-74.2007.4.03.6100 -, os novos recursos relacionados à ação civil pública nº 0027929-51.2002.4.03.6100 passaram a ser distribuídos, por dependência, ao E. Desembargador Federal Johansom Di Salvo, a saber:

- a) AC nº 0012388-31.2009.4.03.6100 (distribuído em 09/09/2014)
- b) AC nº 0016069-04.2012.4.03.6100 (distribuído em 02/10/2015)
- c) AI nº 0027086-96.2015.4.03.0000 (distribuído em 19/11/2015)

Outrossim, após 13/09/2013, também foram redistribuídos ao E. Desembargador Federal Johansom Di Salvo os seguintes recursos que já se encontravam em curso neste E. Tribunal, todos relacionados à ação civil pública nº 0027929-51.2002.4.03.6100:

- d) AC nº 0026997-87.2007.4.03.6100 (redistribuído em 28/04/2014)
- e) AC nº 0029015-81.2007.4.03.6100 (redistribuído em 25/04/2014)

Necessário destacar, ainda, que os feitos vinculados à ação civil pública nº 0027929-51.2002.4.03.6100 que, segundo o sistema informatizado deste E. Tribunal (SIAPRO), pertenceriam à relatoria da E. Desembargadora Federal Marli Ferreira, já foram baixados à origem, tendo sido julgados em datas anteriores a 13/09/2013. Destaco os processos em questão:

- 1) AC nº 0021925-22.2007.4.03.6100 (baixado à origem em 07/05/2013)
- 2) AC nº 0021926-07.2007.4.03.6100 (baixado à origem em 29/04/2013)
- 3) AC nº 0021927-89.2007.4.03.6100 (baixado à origem em 29/04/2013)
- 4) AC nº 0024714-91.2007.4.03.6100 (julgado em 29/07/2013, trânsito em julgado em 11/10/2013, baixado à origem em 14/10/2013)
- 5) AC nº 0024715-76.2007.4.03.6100 (baixado à origem em 10/06/2013)
- 6) AC nº 0024716-61.2007.4.03.6100 (baixado à origem em 07/05/2013)
- 7) AC nº 0026582-07.2007.4.03.6100 (baixado à origem em 30/04/2013)
- 8) AC nº 0027315-70.2007.4.03.6100 (baixado à origem em 29/04/2013)

- 9) AC nº 0032170-92.2007.4.03.6100 (baixado à origem em 29/04/2013)
- 10) AC nº 0034037-23.2007.4.03.6100 (baixado à origem em 29/04/2013)
- 11) AC nº 0009406-78.2008.4.03.6100 (baixado à origem em 26/03/2013)
- 12) AI nº 0020571-84.2011.4.03.0000 (trânsito em julgado em 13/09/2013, baixado à origem em 16/09/2013)
- 13) AI nº 0023736-42.2011.4.03.0000 (trânsito em julgado em 13/09/2013, baixado à origem em 16/09/2013)

Note-se que, também de acordo com o sistema, um único recurso foi distribuído para a relatoria da E. Desembargadora Federal Marli Ferreira posteriormente a 13/09/2013, consistente na AC nº 0015614-68.2014.4.03.6100 (distribuída em 30/01/2017). A respeito, esclareceu a E. Desembargadora Federal Marli Ferreira durante a consulta de prevenção: “*Anote-se que à exceção da AC nº 0015614-68.2014.4.03.6100, cujo processo de origem (0015614-68-2014.4.03.6100) é distinto do processo de referência do presente recurso (0027929-51.2002.4.03.6100), todas as demais apelações e agravos de instrumento mencionados foram baixadas à Vara de origem.*” (Doc. nº 21.741.985, p. 25).

Quanto ao AI nº 0012234-77.2009.4.03.000, de relatoria do E. Desembargador Federal André Nabarrete, destaco que o mesmo já foi definitivamente julgado, tendo sido baixado à origem em 05/07/2012.

Feita essa breve sinopse, passo ao exame.

De acordo com o entendimento pacífico dos C. Tribunais Superiores, é *relativa*, e não *absoluta*, a competência interna definida nos Regimentos Internos dos Tribunais, ocorrendo a *preclusão* e a *prorrogação da competência* caso a matéria não seja oportunamente suscitada pelo interessado até o *início do julgamento do processo*. Neste sentido, trago à colação os seguintes precedentes do C. Supremo Tribunal Federal:

Por último, no que tange à arguição de incompetência desta relatoria, observa-se que o impetrante alegou a pretensa nulidade por erro na distribuição do processo já em fase recursal – no caso, neste agravo regimental interposto em face da decisão monocrática proferida por mim. Logo, por se tratar a prevenção de hipótese de fixação de competência relativa que admite a prorrogação – inteligência da Súmula 706 –, não resta dúvida de ter ocorrido a preclusão, porquanto, em 28.9.2015 (Diário de Justiça Eletrônico/STF, Edição nº 193/2015, disponibilizado em 25.9.2015), momento anterior à referida decisão monocrática, o impetrante já tinha ciência da distribuição deste writ a minha relatoria.

(...)

Ante o exposto, nego provimento a este agravo regimental.

(AGR no MS nº 33.806/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, por maioria, j. 17/03/2016, DJe 13/05/2016, grifos meus)

Acresça-se que, ao contrário do que alega o embargante, a competência em razão de prevenção é relativa, sujeita, portanto, à preclusão. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÕES DE PREVENÇÃO, DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A PRISÃO PREVENTIVA E DE EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS A RECOMENDAR A SOLTURA DA PACIENTE: IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que a competência por prevenção é relativa, estando sujeita à prorrogação, caso precluída a oportunidade de arguição da incompetência. 2. Considerado

o que decidido nas instâncias antecedentes e as circunstâncias em que praticado o delito, a decisão de prisão preventiva do Paciente harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que assentou que a periculosidade do agente, evidenciada pelo *modus operandi* (contratação de pistoleiros), constitui motivo idôneo para a custódia cautelar. 3. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Paciente, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar. Precedentes. 4. Pode o Relator, com fundamento no art. 21, § 1º, do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal, negar seguimento ao *habeas corpus* manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante, embora sujeita a decisão a agravo regimental. 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (HC 125290/MG-AgR, Relatora a Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 19/12/14).

(...)

Pelo exposto, não conheço dos embargos declaratórios opostos.

(ED no AgR no RMS nº 27.254/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, v.u., j. 31/05/2016, DJe 29/06/2016, grifos meus)

No mesmo sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA PREVENÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. COMPETÊNCIA RELATIVA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. PLEITO DE OBSERVÂNCIA DE INOVAÇÃO LEGISLATIVA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 71, § 4o. do RISTJ, a prevenção, se não for reconhecida de ofício, poderá ser arguida por qualquer das partes ou pelo órgão do Ministério Público, até o início do julgamento. Na espécie, a alegação surge em sede de Agravo Interno nos Embargos de Divergência, revelando a ocorrência da preclusão consumativa nesse ponto. Saliente-se tratar a competência interna deste Superior Tribunal de Justiça de natureza relativa, não caracterizando qualquer nulidade a inobservância da suposta prevenção, caso houvesse.

(...)

4. Agravo Interno do Particular desprovido.

(AgInt nos EREsp 1.382.576/MS, Corte Especial, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 11/06/2019, DJe 14/06/2019, grifos meus)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO POR PARTICULAR. DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INGRESSAR COM AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE ENTIDADE ASSOCIATIVA QUE NÃO RECEBE RECURSOS PÚBLICOS. ALEGAÇÃO DE MATÉRIA DE DIREITO PÚBLICO A ATRAIR A COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. AJUIZAMENTO DO CONFLITO APÓS JULGAMENTO EFETIVADO PELA EG. QUARTA TURMA INTEGRANTE DA SEGUNDA SEÇÃO. PRECLUSÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NÃO CONHECIDO.

1. No caso, este conflito de competência apenas foi suscitado pela parte após o desprovimento pela eg. Quarta Turma do agravo interno manejado da decisão monocrática que negou provimento ao agravo em recurso especial.

2. É relativa a competência interna dos órgãos fracionários desta Corte Superior, razão pela qual deve ser questionada pelo interessado na primeira oportunidade que tiver para se manifestar nos autos, sob pena de preclusão.

3. No mesmo sentido são os seguintes precedentes: EDcl nos EDcl no AgRg nos EAg 1.229.612/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 3/10/2012, DJe 10/10/2012; AgInt nos EDcl na Rcl 32.840/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 14/6/2017, DJe 20/6/2017; EDcl no AgInt no AREsp 875.634/RS, Rel. Ministro Sérgio

Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 6/12/2016; AgRg no AREsp 31.820/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 26/6/2012; REsp 974.774/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 3/8/2010; AgRg no REsp 439.926/SP, Rel. Ministro José Delgado, DJ 24/2/2003; REsp 1.347.910/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 12/2/2016; EDcl no AgRg no AREsp 705.337/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/4/2016, DJe 26/4/2016; AgRg no REsp 1.371.558/AL, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 25/6/2013, DJe 1º/8/2013; AgInt nos EDcl no REsp 1.632.585/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe 19/6/2017.

4. Conflito de competência não conhecido.

(CC nº 157.132/SP, Corte Especial, Rel. Min. Og Fernandes, v.u., j. 20/06/2018, DJe 26/06/2018, grifos meus)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. LEGITIMIDADE. SEGURO HABITACIONAL. EXISTÊNCIA DE VÍCIOS CONSTRUTIVOS EM IMÓVEL ADQUIRIDO PELO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. SÚMULAS 5, 7 E 83 DO STJ. PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA DA QUARTA TURMA. NULIDADE RELATIVA ARGUIDA APENAS EM AGRAVO INTERNO. PRECLUSÃO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. *“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a competência interna desta Corte, fixada pelo respectivo Regimento Interno, é de natureza relativa. Por essa razão, a prevenção ou a prorrogação indevida deve ser suscitada até o início do julgamento, nos termos do disposto no art. 71, § 4º, do RISTJ, o que não ocorre na espécie” (AgRg nos EDcl no REsp 1173718/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe 09/12/2013).*

(...)

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.278.999/PE, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 25/09/2018, DJe 28/09/2018, grifos meus)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO TARDIA DE PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA RELATIVA. ART. 71, § 4º, DO RISTJ.

(...)

3. *A competência interna desta Corte é de natureza relativa, motivo pelo qual a prevenção ou a prorrogação indevida deve ser suscitada até o início do julgamento, sob pena de preclusão, nos termos do art. 71, § 4º, do RISTJ.*

4. Embargos de declaração acolhidos apenas para integrar o aresto anterior, sem alteração do julgado.

(EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp nº 971.855/SE, Quarta Turma, Rel. Min. Lázaro Guimarães, v.u., j. 07/08/2018, DJe 13/08/2018, grifos meus)

Ainda, a respeito da matéria, destaco precedente do E. TRF-4ª Região:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INCOMPETÊNCIA RELATIVA. PRECLUSÃO. ARTIGO 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REDISCUSSÃO. PREQUESTIONAMENTO.

1. *A arguição de incompetência desta Turma esbarra na preclusão lógica e no caráter relativo da competência regimental. O embargante não arguiu a incompetência quando da distribuição do feito a esta Turma, bem como quando da intimação de inclusão do processo em pauta para julgamento. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.*

(...)

5. Desnecessária a oposição de embargos de declaração com a finalidade específica de prequestionamento, porquanto implícito no julgamento efetuado, nos termos do que dispõe o artigo 1.025 do Código de Processo Civil.

(AC nº 5021434-55.2017.4.04.7100, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Alcides Vettorazzi, j. 23/10/2018, grifos meus)

No presente caso, a E. Desembargadora Federal Marli Ferreira proferiu, em 11/09/2013, decisão determinando a redistribuição da AC nº 0021928-74.2007.4.03.6100. Em 24/04/2014, ordenou, também, a redistribuição do AI nº 0036339-55.2008.4.03.0000.

Referidos recursos foram redistribuídos para a relatoria do E. Desembargador Federal Johansom Di Salvo. Em 24/04/2014, a E. Sexta Turma desta Corte julgou o mérito da AC nº 0021928-74.2007.4.03.6100 e, em 17/07/2014, apreciou os embargos de declaração opostos no AI nº 0036339-55.2008.4.03.0000. Em nenhum destes julgamentos houve insurgência quanto à redistribuição dos feitos para a relatoria do E. Desembargador Federal Johansom Di Salvo.

Portanto, de acordo com a orientação firmada pela jurisprudência das C. Cortes Superiores -- conforme Acórdãos já citados --, eventual questão processual relativa à redistribuição dos recursos relacionados à ACP nº 0027929-51.2002.4.03.6100 encontra-se acobertada pela preclusão.

A matéria relacionada à redistribuição da AC nº 0021928-74.2007.4.03.6100 não foi objeto de questionamento -- seja de ofício ou por iniciativa das partes -- até o instante do início do julgamento daquele recurso, realizado pela E. Sexta Turma em 24/04/2014. Da mesma forma, a questão também não foi invocada nos recursos posteriores, distribuídos por prevenção.

Logo, a redistribuição da AC nº 0021928-74.2007.4.03.6100 para o E. Desembargador Federal Johansom Di Salvo, seguida da redistribuição do AI nº 0036339-55.2008.4.03.0000, implica que os novos recursos vinculados à ACP nº 0027929-51.2002.4.03.6100 sejam distribuídos, por dependência, para esse mesmo relator.

Observe-se que o E. Desembargador Federal Johansom Di Salvo assumiu a relatoria da AC nº 0021928-74.2007.4.03.6100 -- e dos demais recursos interpostos na ACP nº 0027929-51.2002.4.03.6100 -- por força de *redistribuição*, e não em decorrência de mera *substituição*. Ou seja, no presente caso, a alteração da figura do relator não ocorreu de forma apenas *temporária* ou *ocasional*, mas sim *definitiva*, sendo incabível, por este motivo, direcionar os novos recursos interpostos para os antigos relatores dos processos ligados à ACP nº 0027929-51.2002.4.03.6100.

Desta forma, nos termos do art. 15, *caput*, do Regimento Interno deste Tribunal, os novos processos relacionados à ACP nº 0027929-51.2002.4.03.6100 devem ser distribuídos ao E. Desembargador Federal Johansom Di Salvo.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência do E. Desembargador Federal suscitado para o julgamento do feito.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5025628-17.2019.4.03.0000

Agravante: JOSÉ LÁZARO COSTA

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BATISTA GONÇALVES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/05/2020

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DA PARTE NÃO AUTORIZA A CONCESSÃO DA BENESSE. RECURSO DESPROVIDO.

A assistência jurídica integral e gratuita, aos que comprovem insuficiência de recursos, é assegurada pela Constituição da República (art. 5º, inciso LXXIV).

Prevista primitivamente pelo artigo 4º da Lei nº 1.060/50 - tida por recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso LXXIV), segundo orientação jurisprudencial do STF (cf. ARE 643601 AgR, Relator Ministro AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe 05-12-2011) - tal benesse passou a ser disciplinada pelo NCPC (arts. 98 a 102), restando revogados, expressamente, nos termos do art. 1.072, inciso III, do mesmo Codex, preceitos da anterior legislação.

Declaração de pobreza. Presunção relativa que comporta prova em contrário no sentido de que o autor pode prover os custos do processo sem comprometimento de seu sustento e o de sua família.

Hipossuficiência não demonstrada pelo agravante. Situação econômica que não autoriza a concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Agravo de Instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto em face de decisão que, em sede de ação previdenciária objetivando a concessão de aposentadoria especial, revogou os benefícios da justiça gratuita, sob o fundamento de que a parte autora possui rendimentos superiores a R\$ 8.000,00 mensais, determinando o recolhimento das custas em 15 (quinze) dias, sob pena de extinção do feito sem resolução do mérito.

Sustenta o agravante, em síntese, que não possui condições financeiras de arcar com as custas e despesas do processo. Aduz, ainda, que seus rendimentos são destinados ao custeio de despesas ordinárias de sua família.

Requer a antecipação da tutela recursal e o provimento do presente agravo.

Foi indeferida a antecipação de tutela requerida.

Decorreu “*in albis*” o prazo para apresentação de contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

VOTO

De se ressaltar inicialmente, que nenhuma das partes trouxe aos autos qualquer argumento apto a infirmar o entendimento já manifestado quando da apreciação do pedido de antecipação de tutela.

Discute-se o direito à concessão dos benefícios da assistência judiciária integral e gratuita, assegurada pela Constituição da República, conforme art. 5º, inciso LXXIV, aos que comprovem insuficiência de recursos.

Prevista primitivamente pelo art. 4º da Lei nº 1.060/50 - tida por recepcionada pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LXXIV, segundo orientação jurisprudencial do STF, tal benesse passou a ser disciplinada pelo novo Código de Processo Civil, nos arts. 98 a 102, restando revogados, expressamente, nos termos do art. 1.072, inciso III, do mesmo Codex, preceitos da anterior legislação. Vide ARE 643601 AgR, Relator Ministro AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe 05-12-2011.

O art. 99 do novo Código estabelece, em seu § 2º, que “o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos”. Acrescenta, no § 3º, presumir-se “verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”.

Consoante se vê, para fins de obtenção dos benefícios da justiça gratuita, suficiente, em linha de princípio, a simples afirmação de pobreza, ainda quando procedida na própria petição inicial, dispensada declaração realizada em documento apartado.

Tem-se, contudo, aqui, hipótese de presunção relativa, comportando produção de prova adversa ao sustentado pela parte, a denotar aptidão ao enfrentamento dos custos do processo, sem comprometimento de seu sustento e o de sua família, mediante agilização da competente impugnação. Para além disso, independentemente da existência de altercação, resulta admissível ao próprio magistrado, quando da apreciação do pedido, aferir a verdadeira situação econômica do pleiteante.

Nesse diapasão, copiosa a jurisprudência do Colendo STJ, consolidada à luz da Lei nº 1.060/50 e cuja linha de raciocínio se mantém perfeitamente aplicável à atualidade, sendo de citar, à guisa de ilustração, o seguinte paradigma:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. PESSOA FÍSICA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DELIBERAÇÃO. ATO QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não se constata a alegada violação ao art. 535, I e II, do CPC, na medida em que a Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato,

inexiste omissão no aresto recorrido, porquanto o Tribunal local, malgrado não ter acolhido os argumentos suscitados pela recorrente, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide.

2. Em observância ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, é plenamente cabível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita às partes. Disciplinando a matéria, a Lei 1.060/50, recepcionada pela nova ordem constitucional, em seu art. 1º, caput e § 1º, prevê que o referido benefício pode ser pleiteado a qualquer tempo, sendo suficiente para sua obtenção que a pessoa física afirme não ter condição de arcar com as despesas do processo.

3. O dispositivo legal em apreço traz a presunção juris tantum de que a pessoa física que pleiteia o benefício não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem nenhuma comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Contudo, tal presunção é relativa, podendo a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente.

4. In casu, o Tribunal local, mediante exame do acervo fático-probatório da demanda, entendeu que os documentos juntados pela parte contrária demonstram a inexistência da condição de hipossuficiência, notadamente prova de que a parte ora agravante mantém atividade empresarial que a possibilita arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento.

5. Na hipótese, a irresignação da ora agravante não trata de apenas conferir diversa qualificação jurídica aos fatos delimitados na origem e nova valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova, mas, ao revés, de realização de novo juízo valorativo que substitua o realizado pelo Tribunal a quo para o fim de formar nova convicção sobre os fatos a partir do reexame de provas, circunstância, todavia, vedada nesta instância extraordinária. Incidência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

6. Inviável, em sede de recurso especial, o exame da Deliberação nº 89/08 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por não se enquadrar tal ato no conceito de lei federal.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 591.168 - SP, MINISTRO RAUL ARAÚJO, Publicado EMENTA / ACORDÃO em 03/08/2015)

Não destoa a jurisprudência da Nona Turma, conforme se constata da seguinte ementa:

AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES. JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA CARACTERIZADA.

I. No agravo legal, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão.

II. Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele decidida.

III. A concessão da Justiça Gratuita não exige comprovação, bastando, para tanto, simples declaração de hipossuficiência firmada pelo interessado, como determina o art. 4º da Lei 1.060/50.

IV. Justiça gratuita concedida até a existência de prova em contrário sobre a situação de pobreza do autor.

V. Agravo legal parcialmente provido.

(Proc. nº 20036106006526-8/SP, Relator Juiz Federal convocado Leonardo Safi, disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em 09/08/2012)

Ressalte-se, ainda, que a constituição de advogado pelo autor não exclui sua condição de miserabilidade, mesmo que, porventura, tenha firmado acordo com seus patronos quanto ao pagamento de honorários. A matéria, já assentada pela jurisprudência restou expressamente disciplinada pelo § 4º do art. 99 do NCPC. Vide autos de nº 00011227620114036100, Terceira Turma, Relator Desembargador Márcio Moraes, disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em 18/05/2012.

No caso dos autos, a parte autora pleiteou a concessão de aposentadoria especial e requereu o deferimento da assistência judiciária gratuita, ao argumento de que a sua renda não permite que arque com as custas e as despesas do processo, sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme consta de sua petição inicial.

O Juiz de primeiro grau, acatando impugnação agilizada pelo INSS, revogou os benefícios da justiça gratuita outrora deferida.

De acordo com os dados extraídos do CNIS, constata-se que o agravante encontra-se empregado, percebendo remuneração de R\$ 10.718,93 na competência 08/2019. O agravante, embora assevere possuir despesas que consomem boa parte de seus rendimentos, não acostou aos autos comprovantes de tais alegações.

Assim, ausentes outros elementos nos autos, conclui-se que a situação econômica da parte autora não autoriza a concessão dos benefícios da assistência judiciária, porquanto as condições econômicas seriam suficientes para prover os custos do processo.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo de instrumento*, nos termos da fundamentação.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

5030692-08.2019.4.03.0000

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE OSASCO - SP

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO DA AÇÃO NA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DA CAPITAL DO ESTADO. SÚMULA 689 DO C. STF E SÚMULA 33 DO STJ. APLICAÇÃO. COMPETÊNCIA DO FORO DE ESCOLHA DO AUTOR. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE

1. A jurisprudência deste C. Tribunal, seguindo também a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça e do C. Supremo Tribunal Federal, firmara-se no sentido de que, em matéria de competência para o ajuizamento da ação previdenciária, é dado ao segurado ou beneficiário demandar perante a Justiça estadual de seu domicílio, quando não for sede de vara federal, ou na vara federal da subseção judiciária na qual o município de seu domicílio está inserido, ou até mesmo nas varas federais da capital do estado.

2. Ademais, dispõe a Súmula 24 deste E. Tribunal Regional Federal: “É facultado aos segurados ou beneficiários da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal”.

3. Por outro lado, destaco recente entendimento, suscitado e firmado por integrantes desta E. Terceira Seção, nos autos do Conflito de Competência nº 5005982-21.2019.4.03.0000, de relatoria do eminente Desembargador Federal Baptista Pereira, relator para Acórdão o eminente Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, julgado em 27.06.2019, no sentido de que, não obstante a necessidade de se cumprir e respeitar o quanto sumulado pelo E. Supremo Tribunal Federal, certo é que desde a edição da Súmula 689, supra referida, houve profundas alterações na estrutura do Poder Judiciário Federal, com crescente interiorização da Justiça Federal, que, a cada dia, vem se aproximando mais dos cidadãos do interior dos Estados da Federação, quadro esse a justificar que a Suprema Corte possa revisitar seu precedente, com nova reflexão acerca dos fatos retratados e possível alteração de sua jurisprudência, formada num momento em que o acesso à Justiça Federal era mais difícil e restrito, quadro que restou alterado pelas profundas modificações ocorridas em sua estrutura, decorrentes de investimentos públicos realizados em tecnologia e na criação de inúmeras varas federais e de juizados especiais federais pelo interior de todo o Brasil, a não mais justificar, portanto, que o jurisdicionado escolha o juízo federal da Capital de seu Estado, sem qualquer justificativa processual.

4. Em que pese o precedente supra destacado, e, ainda que respeitáveis sejam seus argumentos a embasar a conclusão de estar superada a circunstância fática que levou à edição da Súmula 689 pelo C. STF, certo é que o artigo 46 e § 1º do CPC/2015 dispõe expressamente que a ação fundada em direito pessoal será proposta, em regra, no foro do domicílio do réu, podendo este, ainda, ser demandado em qualquer deles

quando possuir mais de um domicílio, exatamente o caso do INSS, réu nas ações previdenciárias, que possui domicílio em praticamente todos os municípios do País. 5. Ademais, deve-se também ressaltar o disposto no artigo 65, “caput”, do CPC/2015, que dispõe prorrogar-se a competência relativa, caso não arguida a incompetência pelo réu em preliminar de contestação, norma essa editada em consonância com o que já previa o artigo 112 do CPC/1973, assim como a Súmula 33 do C. STJ, “verbis”: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

6. Portanto, com base nessas normas processuais, concluo, com a devida vênia de entendimentos em contrário, que, nas demandas previdenciárias em que réu o INSS, a possibilidade de a parte autora escolher o juízo da Capital do Estado respectivo fundamenta-se na própria lei processual civil – ação deve ser proposta, em regra, no foro do domicílio do réu (art. 46 CPC) -, já que aquela autarquia possui domicílio em todas as capitais dos Estados brasileiros, de maneira que, ainda que eventualmente estejam superadas as razões da edição da Súmula 689 do STF, não há como afastar a aplicação das normas supracitadas – artigos 46 e 65 do CPC/2015, sob pena de violação manifesta a dispositivo de lei.

7. No caso dos autos, tem-se que o autor possui domicílio no município de Osasco/SP, mas, não obstante, optou por ajuizar a ação subjacente na Subseção Judiciária da Capital de São Paulo. Ora, tendo o INSS domicílio nesta Capital, a propositura da ação subjacente na Subseção Judiciária de São Paulo está corretamente fundamentada no artigo 46 do CPC, e, ademais, tratando-se de competência relativa, não há de ser declinada de ofício pelo juiz, à luz do artigo 65 do CPC.

8. Conflito de competência procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por maioria, decidiu julgar procedente o conflito, para declarar a competência do MMº Juízo suscitado, o MMº Juízo da 6ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo/SP, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MMº Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco/SP, em face do MMº Juízo da 6ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo/SP.

Argumenta o Juízo suscitante ser facultado ao autor a opção em ajuizar a ação na Justiça Estadual do foro de seu domicílio, no Juízo Federal da subseção que o abrange, ou até mesmo no Juízo Federal da Capital do respectivo Estado, não podendo, ademais, a competência relativa ser declinada de ofício pelo juiz.

O MMº Juízo suscitado, por sua vez, fundamenta sua decisão de declínio da competência na superação da Súmula 689 do C. STF, tendo em vista a ampliação e a interiorização da Justiça Federal, o que possibilitou maior acesso do cidadão à Justiça Federal, a descaracterizar a necessidade do ajuizamento das ações na Capital do Estado de seu domicílio.

Em parecer a E. Procuradoria Regional da República entendeu inexistir interesse público a justificar sua atuação nestes autos.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O conflito é procedente.

Com efeito, a regra inscrita no artigo 109 da Constituição Federal, § 3º dispõe que serão “(...) processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas também sejam processadas e julgadas pela justiça estadual”.

Por sua vez, a Súmula nº 689 do Supremo Tribunal Federal estabelece que o “(...) segurado pode ajuizar ação contra instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-Membro”.

Resta claro o intuito de garantir ao beneficiário ou segurado o amplo acesso à prestação jurisdicional, pois, consoante se depreende do julgado do Supremo Tribunal Federal, o artigo 109, § 3º, da Constituição Federal prevê uma faculdade em seu benefício, não podendo esta norma ser aplicada para prejudicá-lo. Nesse sentido:

EMENTA: - Ação previdenciária. Competência para processá-la e julgá-la originariamente. - Ambas as Turmas desta Corte (assim, a título exemplificativo, nos RREE 239.594, 222.061, 248.806 e 224.799) têm entendido que, em se tratando de ação previdenciária, o segurado pode ajuizá-la perante o juízo federal de seu domicílio ou perante as varas federais da capital do Estado-membro, uma vez que o artigo 109, § 3º, da Constituição Federal prevê uma faculdade em seu benefício, não podendo esta norma ser aplicada para prejudicá-lo. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 284516, MOREIRA ALVES, STF).

EMENTA: AÇÃO ENTRE PREVIDÊNCIA SOCIAL E SEGURADO. competência . ART. 109, § 3º DA CF/88. Em se tratando de ação previdenciária, o segurado pode optar por ajuizá-la perante o juízo federal de seu domicílio ou perante as varas federais da capital, não podendo a norma do artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, instituída em seu benefício, ser usada para prejudicá-lo. Precedentes. Recurso extraordinário provido. (RE 285936, ELLEN GRACIE, STF).

E, mais recentemente, cito os seguintes precedentes da Corte Suprema:

(...) Em face do disposto no art. 109, § 3.º, da Constituição Federal, tratando-se de litígio contra instituição de previdência social, o ajuizamento da ação, se não ocorrer na Justiça Estadual, no foro do domicílio do segurado, pode ser feito tanto perante o juízo federal da respectiva jurisdição como perante as varas federais da capital do Estado-membro.(...)
(RE 1058435, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 16/08/2017, DJ 28/08/17).

EMENTA: Competência: ação proposta por beneficiário da previdência social contra o Instituto Nacional do Seguro Social: incidência da Súmula 689 (“O segurado pode ajuizar

zar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-membro”). (RE 341756 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 1º.7.2005). Ante o exposto, com fundamento nos artigos 932, V, a, do Código de Processo Civil, e art. 21, § 2º, do RISTF, conheço do agravo e dou provimento ao recurso, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento há muito firmado por este Supremo Tribunal Federal, para que o Tribunal a quo observe a orientação jurisprudencial destacada e prossiga o julgamento da causa como entender devido. (...)

(ARE 1142902, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 23/08/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 de 27/08/2018).

Com base nestes assentamentos, a jurisprudência deste C. Tribunal, seguindo também a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, firmara-se no sentido de que, em matéria de competência para o ajuizamento da ação previdenciária, é dado ao segurado ou beneficiário demandar perante a Justiça estadual de seu domicílio, quando não for sede de vara federal, ou na vara federal da subseção judiciária na qual o município de seu domicílio está inserido, ou até mesmo nas varas federais da capital do estado.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta E. Corte Regional:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. AUTOR DOMICILIADO EM CIDADE QUE É SEDE DA JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO AJUIZADA PERANTE A VARA FEDERAL DA CAPITAL DO ESTADO. SÚMULA 689 DO STF. POSSIBILIDADE.

- Consoante as regras de competência previstas no ordenamento jurídico pátrio, o ajuizamento da demanda previdenciária poderá se dar no foro estadual do domicílio do segurado, quando não for sede de vara federal (CF, art. 109, § 3º); perante a vara federal da subseção judiciária circunscrita ao município em que está domiciliado, ou, ainda, perante as varas federais da capital do Estado.

- Foi editada a Súmula 689 do E. STF, dispondo que “O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou perante as varas federais da Capital do Estado-Membro”.

- Sendo o ora agravante domiciliado em São José do Rio Preto/SP, cidade que é sede de vara federal, pode optar por ajuizar a demanda perante uma das varas federais da subseção judiciária de seu domicílio ou perante uma das varas federais da capital do Estado-membro, nos termos da citada Súmula.

- Ação que deve ser regularmente processada perante o Juízo Federal da 6ª Vara Previdenciária de São Paulo.

- Agravo legal provido.

(AI 00061378520144030000, DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, TRF3

- OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/11/2014).

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA. VARA FEDERAL DA CAPITAL VERSUS SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA.

1. Dispõe a Súmula 689, do Supremo Tribunal Federal, que “O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-Membro.”

2. A competência no âmbito da Justiça Federal é concorrente entre o Juízo Federal da Subseção Judiciária em que a parte autora é domiciliada ou que possua jurisdição sobre tal município e o Juízo Federal da Capital do Estado-Membro, ressalvada a opção prevista no artigo 109, § 3º, da Constituição Federal (delegação de competência à Justiça Estadual).

3. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5020391-36.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELSON DE FREITAS PORFIRIO JUNIOR, julgado em 26/02/2019, Intimação via sistema DATA: 01/03/2019) – grifei.

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA. AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA COM MÚLTIPLOS FOROS DE DOMICÍLIO. FACULDADE DE AJUIZAMENTO NO FORO DO DOMICÍLIO OU DA CAPITAL DO ESTADO. PROCEDÊNCIA.

1. O artigo 109, § 3º, da Constituição Federal estabelece regra excepcional de competência, com a delegação ao juízo de direito da competência federal para processar e julgar ações de natureza previdenciária nas hipóteses em que o segurado ou beneficiário tenha domicílio em comarca que não seja sede de juízo federal. Por seu turno, a lei adjetiva estabelece que as ações fundadas em direito pessoal serão ajuizadas no foro de domicílio do réu, o qual, possuindo mais de um, será demandado no foro de qualquer deles (artigos 94, caput e § 1º, do CPC/1973 e 46, caput e § 1º, do CPC/2015). Tem-se, portanto, regra de competência territorial relativa, a qual, conforme entendimento há muito sedimentado, não pode ser declinada de ofício (enunciado de Súmula STJ n.º 33).

2. Se a possibilidade de ajuizamento de demanda previdenciária na justiça estadual da comarca de domicílio do requerente encontrou previsão constitucional expressa de delegação da competência federal, o fato de a autarquia previdenciária possuir múltiplos foros de domicílio acabou por também trazer a indagação sobre, na hipótese do ajuizamento na justiça federal, qual seria o foro competente. Em que pese certa celeuma, a questão também já se encontra há muito pacificada, conforme enunciado de Súmula n.º 689 do e. Supremo Tribunal Federal: “O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da Capital do Estado-Membro”.

3. A garantia constitucional à cobertura previdenciária e à assistência social demandam uma interpretação teleológica das normas de competência jurisdicional, a fim da maximização do acesso à justiça, não sendo cabível a oposição de óbices sem amparo jurídico, como alegações de falta de infraestrutura, existência de sistemas eletrônicos para ajuizamento de demandas judiciais, multiplicação de sedes de juízos federais etc.

4. Constitui faculdade do autor de demanda previdenciária ajuizar sua pretensão no juízo federal com jurisdição sobre o município de seu domicílio ou naquele instalado na capital do respectivo Estado, vedando-se, contudo, o ajuizamento em outras subseções judiciárias do Estado.

5. Conflito negativo de competência julgado procedente, declarando-se o Juízo Federal da 10ª Vara Federal Previdenciária da Subseção Judiciária de São Paulo/SP competente para processar e julgar a ação previdenciária ajuizada.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 5021562-28.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, julgado em 19/12/2018, DATA: 20/12/2018) - grifei.

Ademais, dispõe a Súmula 24 deste E. Tribunal Regional Federal:

É facultado aos segurados ou beneficiários da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

Ressalte-se, ademais, que, a despeito de não poder o juiz declinar de ofício da competência relativa, ao segurado é facultada a escolha entre o juízo estadual ou federal de seu domicílio, não podendo, contudo, a seu livre arbítrio, demandar em juízos não abrangidos por seu local

de residência, sob pena de ser descumprido o intuito do legislador de facilitar o acesso do segurado à jurisdição.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AUTOR RESIDENTE EM MUNICÍPIO QUE NÃO POSSUI SEDE DA JUSTIÇA FEDERAL. AJUIZAMENTO DE AÇÃO PREVIDENCIÁRIA EM SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA QUE NÃO DETÉM JURISDIÇÃO SOBRE O SEU DOMICÍLIO. SÚMULA 689/STF.

1. A distribuição de competência entre as varas federais da capital e do interior é orientada pelo critério territorial, sendo pacífica a jurisprudência no sentido de que a competência territorial, por ser relativa, não pode ser declinada de ofício pelo magistrado (Súmula n. 33/STJ).
2. Em se tratando de segurado residente em município que não seja sede da Justiça Federal, tem a opção de propor a ação previdenciária perante a Justiça Estadual do seu domicílio, que atuará no exercício da competência federal delegada, consoante o disposto no art. 109, §3º, da Constituição Federal.

3. Por outro turno, no caso de preferência pela Justiça Federal, faculta-se ao autor ajuizar a ação perante o Juízo Federal do seu domicílio ou junto às Varas Federais da capital do Estado-membro, não havendo possibilidade de propositura em outra sede da Justiça Federal (Súmula 689/STF).

4. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara Federal de Itapeva/SP.

(TRF-3ª Região; CC 5023080-87.2017.4.03.0000; 3ª Seção; Rel. Des. Fed. Baptista Pereira; j. 03.07.2018) – grifei.

Tal posicionamento foi corroborado em recente julgamento por esta Seção (CC. 5020697-68.2019.4.03.0000; j. 14.11.2019).

Por outro lado, destaco recente entendimento, suscitado e firmado por integrantes desta E. Terceira Seção, nos autos do Conflito de Competência nº 5005982-21.2019.4.03.0000, de relatoria do eminente Desembargador Federal Baptista Pereira, relator para Acórdão o eminente Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, julgado em 27.06.2019, no sentido de que, não obstante a necessidade de se cumprir e respeitar o quanto sumulado pelo E. Supremo Tribunal Federal, certo é que desde a edição da Súmula 689, supra referida, houve profundas alterações na estrutura do Poder Judiciário Federal, com crescente interiorização da Justiça Federal, que, a cada dia, vem se aproximando mais dos cidadãos do interior dos Estados da Federação, quadro esse a justificar que a Suprema Corte possa revisitar seu precedente, com nova reflexão acerca dos fatos retratados e possível alteração de sua jurisprudência, formada num momento em que o acesso à Justiça Federal era mais difícil e restrito, quadro que restou alterado pelas profundas modificações ocorridas em sua estrutura, decorrentes de investimentos públicos realizados em tecnologia e na criação de inúmeras varas federais e de juizados especiais federais pelo interior de todo o Brasil, a não mais justificar, portanto, que o jurisdicionado escolha o juízo federal da Capital de seu Estado, sem qualquer justificativa processual.

Pois bem, em que pese o precedente supra destacado, e, ainda que respeitáveis sejam seus argumentos a embasar a conclusão de estar superada a circunstância fática que levou à edição da Súmula 689 pelo C. STF, certo é que o artigo 46 e § 1º do CPC/2015 dispõe expressamente que a ação fundada em direito pessoal será proposta, em regra, no foro do domicílio do réu, podendo este, ainda, ser demandado em qualquer deles quando possuir mais de um domicílio, exatamente o caso do INSS, réu nas ações previdenciárias, que possui domicílio em praticamente todos os municípios do País.

Ademais, deve-se também ressaltar o disposto no artigo 65, “caput”, do CPC/2015, que dispõe prorrogar-se a competência relativa, caso não arguida a incompetência pelo réu em preliminar de contestação, norma essa editada em consonância com o que já previa o artigo 112 do CPC/1973, assim como a Súmula 33 do C. STJ, “verbis”:

A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.

Portanto, com base nessas normas processuais, concluo, com a devida vênia de entendimentos em contrário, que, nas demandas previdenciárias em que réu o INSS, a possibilidade de a parte autora escolher o juízo da Capital do Estado respectivo fundamenta-se na própria lei processual civil – ação deve ser proposta, em regra, no foro do domicílio do réu (art. 46 CPC) -, já que aquela autarquia possui domicílio em todas as capitais dos Estados brasileiros, de maneira que, ainda que eventualmente estejam superadas as razões da edição da Súmula 689 do STF, não há como afastar a aplicação das normas supracitadas – artigos 46 e 65 do CPC/2015, sob pena de violação manifesta a dispositivo de lei.

DO CASO DOS AUTOS

No caso dos autos, tem-se que o autor possui domicílio no município de Osasco/SP, mas, não obstante, optou por ajuizar a ação subjacente na Subseção Judiciária desta Capital.

Ora, tendo o INSS domicílio nesta Capital, a propositura da ação subjacente na Subseção Judiciária de São Paulo está corretamente fundamentada no artigo 46 do CPC, e, ademais, tratando-se de competência relativa, não há de ser declinada de ofício pelo juiz, à luz do artigo 65 do CPC.

Aplicáveis, outrossim, a Súmula 689 do C. STF e a Súmula 33 do C. STJ, já acima transcritas.

Outrossim, conclui-se que a r. decisão do MMº Juízo suscitado está, claramente, em confronto com a jurisprudência pacífica deste Tribunal e dos Tribunais Superiores.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, para declarar a competência do Juízo suscitado, MMº Juízo da 6ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo/SP.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5002033-52.2020.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
 Agravada: ORGANIZAÇÃO SOCIAL SAÚDE REVOLUÇÃO
 Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2020

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE VALORES. BACENJUD. INDEFERIMENTO SOB O FUNDAMENTO DE QUE O MAGISTRADO PODE VIR A SOFRER PENALIDADES EM DECORRÊNCIA DA LEI Nº 13.869/2019. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Afastada de plano a razão que levou ao indeferimento da medida, qual seja, o receio de aplicação da Lei nº 13.869/2019 – Lei de Abuso de Autoridade – porque se trata de lei que não está em vigor. E, de acordo com o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito (Decreto-Lei nº 4.657/42, com a redação atribuída pela Lei nº 12.376/2010), a lei em vigor terá efeito imediato e geral, de modo que, ao meu juízo, embasar decisão judicial em legislação não vigente não se mostra razoável e tampouco escorreito.
2. Recrear as consequências de uma decisão judicial implica violação à garantia fundamental insculpida no artigo 5º, XXXV, que diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, importando, também, negativa de prestação jurisdicional.
3. O bloqueio de valores mantidos em instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico (BACEN-JUD), propicia eficiência à execução e permite a prestação jurisdicional mais célere e eficaz, em consonância com o princípio constitucional da celeridade (artigo 5º, LXXVIII, CF).
4. Considerada a preferência legal que o dinheiro exerce sobre demais bens, a ausência de localização dos devedores e a possibilidade de dilapidação patrimonial, com base no poder geral de cautela mostra-se admissível o rastreamento e o bloqueio de ativos financeiros. Precedente desta Turma.
5. A fim de evitar alegação de excesso, o montante tido como limite da penhora via sistema Bacenjud deverá ser aquele indicado na petição inicial, devidamente corrigido.
6. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL, contra r. decisão que, em autos de execução fiscal, reconsiderou decisão anterior, de modo a indeferir o bloqueio de valores pelo sistema BACENJUD e suspender a execução, com fundamento no artigo 40 da Lei nº 6.830/80, até que o exequente indique bens para garantia.

Sustenta a agravante, em síntese, ter ajuizado ação de execução fiscal contra a parte agravada que, citada, não efetuou o pagamento e tampouco garantiu a execução. Requerido o bloqueio de ativos financeiros por meio do sistema BACENJUD, o pedido foi a princípio deferido e, na sequência, indeferido, sob o fundamento de que o magistrado pode vir a sofrer penalidades em decorrência da Lei nº 13.869/2019.

Alega que a legislação invocada não se encontra em vigor, de modo que *“condutas praticadas em data anterior a 04 de janeiro de 2020, quaisquer que sejam, não podem se sujeitar aos seus efeitos”*. Ademais, pondera que *“indeferir um pedido respaldado em expressa previsão legal (bloqueio de ativos financeiros – artigo 854, CPC) por temor de risco, abstrato, de vir a ser processado por um crime manifestamente descabido, é conduta que, no mínimo, acaba por desprestigiar a importância da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito, que por sua natural responsabilidade, está sujeita a pressões dos mais variados atores políticos, inclusive aqueles que pretendem enfraquecer a cobrança do crédito público”*.

Aduz que os elementos do eventual tipo penal são ausentes no cotidiano das execuções fiscais porque: (i) as ordens de bloqueio sempre informam o valor da execução, não sendo, assim, exacerbadamente excedentes; (ii) pressupõe a provocação do juízo, pela parte interessada, a respeito de eventual excesso.

Diz que a penhora online constitui um dos mais incisivos aprimoramentos introduzidos pelo Código de Processo Civil para conferir efetividade ao processo e, ao inviabilizar a medida, o juízo acabou por afasta a aplicação de uma regra processual *“sem que para tanto apresente os fundamentos de sua inconstitucionalidade”*.

Aponta, ainda, que a decisão recorrida *“acaba por configurar grave negativa de prestação jurisdicional, não restando à União outra via à inevitável interposição de recursos, na contramão dos diversos esforços que têm sido feitos em cooperação com este sobrecarregado e. Tribunal Regional Federal para redução da litigiosidade”*.

Pleiteia a concessão da antecipação da tutela e, ao final, o provimento de seu recurso.

Foi concedida a tutela antecipada (Id 123514019).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

VOTO

Deve ser afastada de plano a razão que levou ao indeferimento da medida, qual seja, o receio de aplicação da Lei nº 13.869/2019 – Lei de Abuso de Autoridade – porque se trata de lei que não está em vigor. E, de acordo com o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito (Decreto-Lei nº 4.657/42, com a redação atribuída pela Lei nº 12.376/2010), a lei em vigor terá efeito imediato e geral, de modo que, ao meu juízo, embasar decisão judicial em legislação não vigente não se mostra razoável e tampouco correito.

Ademais, recluir as consequências de uma decisão judicial implica violação à garantia fundamental insculpida no artigo 5º, XXXV, que diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, importando, também, negativa de prestação jurisdicional.

Sem prejuízo, penso que o indeferimento de medida judicial lastreado unicamente no receio de aplicação da malfadada lei de abuso de autoridade, num exercício de “*futurologia*” a respeito das consequências da decisão, afronta o dever do magistrado previsto no artigo 35, I, da LOMAN e pode até mesmo configurar hipótese de responsabilização do juiz, consoante prevê o artigo 49, II, também da LOMAN.

No caso concreto, tem-se o ajuizamento de execução fiscal no montante de R\$ 550.263,88 (quinhentos e cinquenta mil, duzentos e sessenta e três reais e oitenta e oito centavos) em novembro/2018. A empresa executada foi citada por edital, tendo a agravante pleiteado a expedição de ordem de bloqueio e ativos financeiros (Id 14726726 dos autos originais).

O Código de Processo Civil (artigo 835, I), assim como a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80, artigo 11), disciplinam que a penhora recairá, preferencialmente, sobre dinheiro, compreendendo-se, nesta hipótese, valores depositados em estabelecimentos bancários.

Por sua vez, o artigo 854 do Código de Processo Civil estabelece:

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

Assim, considerada a preferência legal que o dinheiro exerce sobre demais bens, a ausência de localização dos devedores e a possibilidade de dilapidação patrimonial, com base no poder geral de cautela mostra-se admissível o rastreamento e o bloqueio de ativos financeiros.

Confira-se, a propósito, entendimento firmado no âmbito desta E. Turma:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRUPO ECONÔMICO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. BACENJUD ANTES DA CITAÇÃO. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. REQUISITOS AUTORIZADORES PRESENTES. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Matéria ainda controvertida inclusive entre as 1ª e 2ª Turmas do c. Superior Tribunal de Justiça quanto à prescindibilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para fins de reconhecimento de responsabilidade de grupo econômico de fato no bojo de executivos fiscais.

2. Em compasso com entendimento jurisprudencial da 2ª Turma do c. Superior Tribunal de Justiça, compartilho do entendimento no sentido de que, diante de executivo fiscal de débito de natureza tributária, dispensa-se a instauração de incidente de desconconsideração de personalidade jurídica para redirecionamento da execução fiscal, inclusive quando se trata de reconhecimento de grupo econômico. Precedentes.

3. Quanto à penhora de valores constantes de instituição financeira, de acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, seguido por esta Terceira Turma, torna-se prescindível a busca de outros meios de garantia antes de realizar a constrição sobre dinheiro, diante de seu caráter preferencial como objeto de penhora, estabelecido no art. 11, I, da Lei n. 6.830/80 e no art. 655, I, do CPC (com a redação conferida pela Lei n. 11.382/06). Com efeito, referida questão foi objeto de análise pelo STJ no julgamento do REsp 1.184.765/PA,

sob o rito instituído pelo art. 543-C do CPC/73 (STJ, REsp 1184765/PA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010).

4. Esta Terceira Turma tem entendimento no sentido da possibilidade de decretação da medida antes de angularizada a relação processual, “forte no poder geral de cautela e no princípio da efetividade da jurisdição, tendo em vista o fundado risco de inutilidade da medida se efetivada somente após a ciência do executado quanto aos termos da inicial, onde deduzido o pedido” (TRF3, Terceira Turma, AI 5024683-98.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 12/03/2018).

5. No caso em tela, ao decretar a medida, o d. magistrado justificou existir “evidências de irregularidades e claro intuito de blindagem patrimonial sistematicamente praticada pelo “grupo ICEC”, com vistas a frustrar o pagamento de débitos tributários”. Na mesma ocasião, ponderou que a ciência prévia das agravantes poderia acarretar “precipitada retirada de eventuais ativos financeiros das contas existentes em nome de seus integrantes”.

6. Preenchidos os requisitos autorizadores da medida cautelar, quais sejam, existência de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo em razão de provável conduta de dissipação patrimonial dos executados. Precedente.

7. Agravo de instrumento improvido.

(TRF3, AI nº 5007749-94.2019.4.03.0000, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Cecilia Marcondes, j. 08.08.2019).

A fim de evitar alegação de excesso, o montante tido como limite da penhora via sistema Bacenjud deverá ser aquele indicado na petição inicial, devidamente corrigido.

Ante o exposto, confirmo a tutela antecipada anteriormente concedida, e *dou provimento* ao agravo de instrumento, para determinar o rastreamento e bloqueio de ativos financeiros em nome da executada, até o montante supraindicado.

É o voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

Direito Processual Penal



“HABEAS CORPUS”
5001937-37.2020.4.03.0000

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Paciente: ERMELINDA ANTONIO, NGINGI MFUANA PEDRITO
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 13/04/2020

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. REVOGAÇÃO DE PRISÃO DOMICILIAR E DETERMINAÇÃO DE USO DE TORNOZELEIRA ELETRÔNICA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não comprovado o desempenho de atividade laboral, com documentos que indiquem o local e horário de trabalho ou a necessidade de adentrar a agências bancárias por força do trabalho desempenhado, não há como revogar o monitoramento eletrônico ou rever a sua área de inclusão.
2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de ERMELINDA ANTONIO e NGINGI MFUANA PEDRITO, contra ato do Juízo Federal da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP nos autos do Inquérito Policial nº 5000150-54.2020.4.03.6181

Alega a impetrante, em síntese, que:

- a) os pacientes estão sendo investigados por terem, supostamente, incidido na conduta tentada descrita no art. 239 do ECA;
- b) ERMELINDA e NGINGI, ambos angolanos, são casados desde à época em que residiam em Angola, tendo inclusive prole comum, parte nascida ainda em Angola e a outra parte no Brasil;
- c) durante o período em que esteve sozinha no Brasil, antes da chegada do marido NGINGI, ERMELINDA ficou grávida de LAWRENCE NDIEFE, nigeriano que já morava no Brasil, vindo a mesma a dar à luz a ISRAEL ANTONIO NDIEFE; contudo, o paciente NGINGI a perdoou e passou a criar ISRAEL como se fosse seu filho;

d) a família completa vive no Brasil, todos estrangeiros devidamente regularizados perante a autoridade migratória e pretendem se estabelecer em definitivo no país, sendo que ambos são primários e possuem residência fixa no Brasil, sendo que NGINGI possui ocupação lícita, com emprego de carteira assinada;

e) em 13/01/2020, houve um mal-entendido quando os pacientes tentaram tirar o passaporte e autorização de viagem para o filho Israel, brasileiro, o qual possui o pai registral LAWRENCE NDIEFE, nigeriano, pois, segundo a versão dos pacientes, NGINGI não tentou se passar por LAWRENCE, como alegado pela Polícia Federal; entretanto, foram presos em flagrante delito pela suposta prática do crime previsto no art. 239 do ECA, na forma tentada;

f) não há prova, nem indícios de que os pacientes estão tentando enviar, ao exterior, de maneira ilegal, menor de idade, o filho da paciente, não estando presentes os requisitos do art. 315, do CPP;

g) o suposto delito foi praticado sem violência ou grave ameaça à integridade física de terceiros;

h) em audiência de custódia a prisão preventiva foi substituída por medidas cautelares alternativas à prisão, dentre elas a prisão domiciliar, com uso de tornozeleira eletrônica à ERMELINDA, que só pode se ausentar de seu domicílio para levar e buscar os filhos na escola; já ao paciente NGINGI, a fim de poder trabalhar e prover o sustento da família, foi determinado o uso de tornozeleira eletrônica, devendo permanecer recolhido em sua residência no período noturno;

i) a prisão domiciliar e uso da tornozeleira eletrônica de ERMELINDA está a prejudicar os afazeres da paciente que possui trabalho informal, sendo que o mesmo ocorre com NGINGI, pois a tornozeleira o impede de praticar atos importantes de seu trabalho, como ir ao Banco, o que caracteriza constrangimento ilegal em razão da desproporcionalidade da medida que impede ambos de sustentar seus filhos de forma adequada.

Assim, requer a impetrante seja revogada a prisão domiciliar, bem como o monitoramento eletrônico de ambos os pacientes, por motivos da mais lúdima justiça.

Foram juntados documentos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas pela autoridade impetrada.

O Procurador Regional da República. Dr. Paulo Taubemblatt, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

Não está configurado o alegado constrangimento ilegal.

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal e artigo 647 do Código de Processo Penal.

É sob esse prisma, pois, que se analisa a presente impetração.

Insurge-se a Defensoria Pública da União contra a decisão que substituiu a prisão preventiva por prisão domiciliar integral de ERMELINDA, bem como o monitoramento eletrônico de ambos os pacientes, arguindo constrangimento ilegal em razão da desproporcionalidade da medida que os impede de exercer, a contento, suas atividades profissionais para sustento da família.

Verifica-se dos autos do inquérito policial nº 5000150-54.2020.403.6181, em trâmite na 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, que os pacientes foram presos em flagrante delito pela suposta prática do crime previsto no art. 239, do ECA, c/c Art. 14, II, do CP, em 13/01/2020.

A paciente ERMELINDA compareceu à Polícia Federal, em data agendada, a fim de solicitar passaporte de seu filho Israel Antonio Ndiefe, de cerca de 1 (um) ano de idade, bem como autorização para que o menor pudesse viajar, ao exterior, desacompanhado dos pais.

Consta dos autos que a paciente, ao se apresentar perante a SR/PF/SP para a conferência de documentos para emissão do referido passaporte, informou à atendente que o homem que a acompanhava, ora paciente, era LAWRENCE DNIEFE, pai do menor Israel Antonio Ndiefe, o qual exibiu uma xerox do RNE. Verificada a divergência entre a foto do RNE apresentado e a pessoa que o exibia, foi solicitado, pela funcionária, o original do documento. Contudo, o homem em questão, informou que havia perdido o documento original, o que foi corroborado pela paciente, mãe do menor.

Segundo depoimento das testemunhas, após ser indagado pela Agente da Polícia Federal sobre seu real nome em razão da divergência fotográfica, o paciente confessou ser NGINGI MFUANA PEDRITO e estar se passando pelo pai do menor a fim de obter o passaporte, com autorização de viagem mesmo desacompanhado dos pais.

Entretanto, após serem conduzidos à Delegacia da Polícia Federal, no interrogatório perante a autoridade policial os pacientes se reservaram no direito de permanecer em silêncio e não responderam sobre as seguintes perguntas: 1) Por que o conduzido se apresentou como LAWRENCE NDIEFE? 2) Por que disse que tinha perdido o RNE 3) Para onde o menor iria viajar quando estivesse de posse do passaporte? 3) Iria junto? 4) O pai do menor sabia que o passaporte do menor estava sendo solicitado? Apenas informaram que o casal possui outros dois filhos menores, os quais estavam em casa, acompanhados de uma amiga da paciente, de 13 anos de idade.

Nesse contexto, ambos foram presos em flagrante delito, pela prática do crime previsto no art. 239 do ECA, na forma tentada, por, em tese, promover a efetivação de ato destinado ao envio de criança ao exterior com inobservância das formalidades legais.

A prisão em flagrante da paciente ERMELINDA foi convertida, por ocasião da audiência de custódia, em prisão preventiva e substituída por medidas cautelares alternativas à prisão como prisão domiciliar integral e monitoramento eletrônico, dentre outras (ID 123226367 - Num. 26849145 – Pág. 1/4).

Segundo a autoridade impetrada, no que pese a indiciada ERMELINDA ter dito ser angolana, demonstrou muita dificuldade em se expressar em idioma português, língua oficial de Angola. Em alguns momentos, inclusive, a paciente não se conteve e passou a falar em francês e até referiu-se ao país da República Democrática do Congo, o que trouxe suspeitas sobre a sua real identidade.

Ressaltou a autoridade impetrada que a paciente é estrangeira, cuja identidade merece aprofundamento investigativo, sendo que sua permanência no Brasil ainda não foi elucidada completamente. Ademais, pretendia empreender viagem ao exterior, ou enviar seu próprio

filho, de 1 (um) ano, desacompanhado, ao exterior, fato esse considerado gravíssimo por afetar interesse de menor incapaz, de repercussão internacional.

Desse modo, considerando a ausência de emprego formal da paciente e pelo fato de ser genitora de três crianças (com oito, três e um ano de idade), as quais dependem de seus cuidados, o juízo *a quo* entendeu necessária a imposição de prisão domiciliar, em período integral, e monitoramento eletrônico, dentre outras medidas cautelares, a fim de garantir a aplicação da lei penal e bem resguardar a ordem pública, podendo a paciente se ausentar de sua residência apenas para levar e buscar os filhos à escola, bem como em situações de urgência comprovada como atendimento médico ou similar ao núcleo familiar (Num. 27558206 – Pág. 2).

Por sua vez, o paciente NGINGI também teve a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva, substituída por medidas cautelares alternativas à prisão consistente no monitoramento eletrônico, dentre outras (ID 123226367 - Num. 26849145 – Pág. 5/8).

De fato, o paciente é pessoa estrangeira, que pode facilmente sair do país e foi preso em flagrante delito quando tentava praticar atos tendentes a enviar ao exterior criança, de 1 (um) ano, filho de sua companheira, desacompanhada dos pais, sendo crime gravíssimo e de repercussão internacional.

Contudo, considerando que o paciente possui ocupação lícita e é provedor de três crianças menores que dependem dele para seu sustento, o juízo *a quo* entendeu necessária a imposição de prisão domiciliar (noturna) e monitoramento eletrônico, dentre outras medidas cautelares, a fim de garantir a aplicação da lei penal e bem resguardar a ordem pública.

As decisões da autoridade impetrada estão devidamente fundamentadas. Com efeito, a manutenção das medidas cautelares impostas aos pacientes é medida de rigor.

Para a decretação da custódia cautelar e sua substituição por medidas cautelares alternativas à prisão exigem-se indícios suficientes de autoria e não a prova cabal desta, que somente poderá ser verificada em eventual *decisum* condenatório, após a devida instrução dos autos.

No caso, infere-se dos documentos acostados aos autos que há elementos indicativos da prática delitiva (*fumus comissi delicti*), consubstanciados na prova da materialidade e nos indícios suficientes de autoria.

Do quanto é possível extrair da documentação encartada nestes autos, verifica-se que os pacientes pretendiam obter passaporte do menor ISRAEL, bem como autorização para que este viajasse ao exterior, desacompanhado dos pais, tendo os pacientes se utilizado, para tanto, meio fraudulento ao fazer NGINGI se passar pelo pai biológico e registral do menor.

No mais, é de se considerar suficientemente fundamentada a decisão impugnada que, invocando elementos concretos dos autos, foi infirmada pela prova pré-constituída que acompanhou a presente impetração, sendo descabido o pedido de revogação das medidas cautelares de prisão domiciliar integral para a mãe, bem como do monitoramento eletrônico para os pacientes até que a situação fique totalmente esclarecida nos autos principais, após a devida investigação.

Por outro lado, não houve qualquer prova do trabalho informal da paciente além de alegações genéricas. Ademais, a autoridade impetrada sinalizou a possibilidade de rever a área de inclusão do monitoramento caso a paciente comprove o desempenho de atividade laboral, com documentos que indiquem o local e horário de trabalho.

O paciente, por sua vez, também não juntou qualquer prova de que necessite, por força de seu trabalho, adentrar à agências bancárias, não podendo se falar em violação ao princípio da proporcionalidade das medidas cautelares aplicadas.

Verificados os requisitos da necessidade e da adequação, a manutenção da prisão domiciliar, na forma determinada, bem como o monitoramento eletrônico dos pacientes é medida que se impõe.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

“HABEAS CORPUS”

5003149-93.2020.4.03.0000

Impetrante e Paciente: ADRIANO DE SOUZA CUTRIM
 Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE GUARULHOS - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 13/04/2020

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA MEDIANTE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. PANDEMIA. EXCEPCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O esforço para combater a proliferação da doença demanda arrostar não poucas dificuldades. Do mesmo modo que as autoridades sanitárias haverão de identificar casos específicos, manejar recursos e recambiar pacientes, também o Poder Judiciário haverá de envidar esforços para lograr da melhor maneira possível tanto o sua função específica – atuação da lei no caso concreto – quanto empregar os meios instrumentais menos deletérios para a sociedade como um todo.
2. Nas circunstâncias excepcionais propiciadas pela pandemia resultante do Covid-19, justifica-se a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares de natureza diversa da prisão (CPP, arts. 282 e 319).
3. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu **CONCEDER** a ordem de *habeas corpus*, para substituir a prisão preventiva mediante o cumprimento das seguintes medidas cautelares diversas da prisão: a) comparecimento a todos os atos do processo, devendo indicar o endereço onde pode ser intimada; b) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, se a paciente tiver residência e trabalhos lícitos; c) proibição de mudar de endereço sem informar a Justiça Federal, assim como de ausentar-se do respectivo domicílio por mais de uma semana, sem prévia e expressa autorização do Juízo; d) proibição de se ausentar do País sem prévia e expressa autorização judicial, devendo entregar seu passaporte, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* em favor de Adria Knowles, cujo nome civil é Adriano de Souza Cutrim, contra decisão do Juízo Federal da 5ª Vara da Subseção Judiciária de Guarulhos que indeferiu o pedido de liberdade provisória da paciente, presa em flagrante delito em 15.11.19, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos, portando 1.954 gr. (mil novecentos e cinquenta e quatro) gramas de cocaína, sem autorização legal ou regulamentar.

Alega-se, em síntese, o quanto segue:

a) a acusada foi presa em flagrante, nas dependências do Aeroporto de Guarulhos (SP), tendo o Ministério Público Federal imputado ao paciente a prática do crime do art. 33, *caput*, c. c. o art. 40, I e III, da Lei n. 11.343/06, por estar, supostamente, trazendo consigo substância entorpecente identificada como cocaína;

b) a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva;

c) a Defensoria Pública da União protocolou pedido de liberdade provisória, por não existirem motivos para a manutenção da prisão cautelar;

d) a paciente é primária, tem 21 (vinte e um) anos de idade, bons antecedentes, atividade econômica lícita, atuando como modelo e maquiadora, e possui residência fixa em Macapá (AP);

e) o Juízo da 5ª Vara fundamentou a negativa da liberdade provisória na ausência de comprovação de atividade lícita da paciente, bem como pelo histórico de viagens internacionais ainda não esclarecidas;

f) as cópias de telas das redes sociais da paciente comprovam sua atividade como modelo e o cunho laborativo de sua viagem à África;

g) a liberdade da acusada não colocará em risco o curso do processo ou acarretará o cometimento de novos crimes;

h) deve ser concedida a liberdade provisória sem fiança ou, subsidiariamente, a substituição da prisão por uma das medidas cautelares dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal (Id. n. 123765937).

Foram juntados documentos (Id. n. 123765940).

O pedido liminar foi indeferido (Id n. 123952539).

A autoridade impetrada prestou informações (Id n. 124102723).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Vinícius Fernando Alves Fermino, manifestou-se pela denegação da ordem (Id n. 124744738).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Considerando a declaração pública de situação de pandemia em relação ao novo coronavírus pela Organização Mundial da Saúde – OMS, em 11.03.20, assim como a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional da Organização Mundial da Saúde – OMS, em 30.01.20, a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN veiculada pela Portaria no 188/GM/MS, em 04.02.20, e o previsto na Lei n. 13.979, de 06.02.20, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, bem como que grupo de risco para infecção pelo novo coronavírus – Covid -19 compreende “pessoas idosas, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções”, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 62/2020, que dispõe o seguinte:

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

II – alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9º da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária;

III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução;

IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal;

V – suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias;

Parágrafo único. Em caso de adiamento da concessão do benefício da saída temporária, o ato deverá ser comunicado com máxima antecedência a presos e seus familiares, sendo-lhes informado, assim que possível, a data reagendada para o usufruto, considerando as orientações das autoridades sanitárias relativas aos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do novo coronavírus.

(...)

Do caso dos autos. Adria Knowles, de nome civil Adriano de Souza Cutrim, foi presa em flagrante em 15.11.19, nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, prestes a embarcar no Voo ET 507, da Companhia Aérea Ethiopian Airlines, com destino final em Addis Ababa, na Etiópia, por tráfico internacional de drogas, trazendo consigo, 1.954 gr. (mil novecentos e cinquenta e quatro) gramas de cocaína. Formulado pedido de liberdade provisória, este foi negado em decisão de 04.12.19, sob o fundamento de que os motivos que determinaram a prisão preventiva permaneciam inalterados. Na decisão que recebeu a denúncia e analisou a defesa preliminar, foi analisado o pedido de reconsideração da liberdade provisória, que restou novamente indeferido, em decisão de 31.01.20, pelas razões fáticas e jurídicas descritas nas decisões anteriores.

A impetrante sustenta que não há fundamentos para a manutenção da custódia cautelar por garantia à ordem pública, uma vez que não se encontram preenchidos os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Analisados os autos em cotejo com os recentes fatos concernentes à pandemia do Coronavírus, a presente ordem merece ser provida.

As decisões impugnadas, que negaram o pedido de liberdade formulado pelo paciente, estão assim fundamentadas:

Trata-se pedido de LIBERDADE PROVISÓRIA, formulado pela defesa de ADRIANO DE SOUZA CUTRIM (conhecido por Adria Knowles), preso pela prática do delito de tráfico internacional de entorpecente. Aduziu, em síntese, que: a) não está presente qualquer das hipóteses previstas nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal; b) não se encontra presente o periculum libertatis, ou seja, não se vislumbra, de pronto, perigo gerado na manutenção do acusado em liberdade; c) trata-se de réu primário, com bons antecedentes, residência fixa no Brasil e ocupação lícita. Subsidiariamente, requereu imposição de medida (s) cautelar (es) alternativa(a), nos termos do artigo 319 do Código Processo Penal (ID n. 25225512). O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, pronunciou-se pelo indeferimento do pedido. Em linhas gerais, destacou que a) remanescem os requisitos autorizadores da prisão preventiva, haja vista que não se verifica qualquer elemento novo a justificar a medida cautelar fixada; b) mesmo a primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, por si sós, não autorizam a revogação da medida cautelar; c) a defesa não trouxe aos autos prova da ocupação lícita, tampouco de endereço fixo, porquanto meras declarações de terceiros não se presta a tanto; d) não há qualquer prova que autorize a substituição da prisão preventiva por cautelar (ID n. 25583245).

(...)

No caso em tela, na senda do pensamento do Ministério Público Federal, observo que as razões de fato e de direito que motivaram a decretação da prisão preventiva do réu permanecem inalteradas, porquanto subsistem os pressupostos legais e constitucionais de tal medida. Ademais, como bem observado pelo MPF, a defesa não trouxe aos autos prova de residência fixa e de ocupação lícita, haja vista que meras declarações de terceiros, dada a gravidade dos fatos, envolvendo tráfico internacional de COCAÍNA, em contexto de organização criminosa, não se apresenta como suficiente para justificar a revogação da medida cautelar imposta. Há de se ressaltar, ainda, o fato de que o réu realizou outras viagens internacionais, como se observa dos registros migratórios colacionados aos autos, sabidamente de alto custo, cujas razões ainda não estão esclarecidas nos autos, notadamente quando se tem em conta que a defesa aponta como ocupação lícita do réu a prestação de serviço de “maquiador” em salão de beleza. Nesse contexto, por certo que a prisão cautelar se faz necessária como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para garantir eventual aplicação da lei penal, sendo certo que qualquer outra medida cautelar diversa se apresenta insuficiente para

suprir os riscos já apontados, notadamente de reiteração criminosa. Assim, ante o exposto, e pelas razões fáticas e jurídicas descritas na decisão proferida em audiência de custódia (ID n. 24802991), INDEFIRO o pedido de revogação da prisão preventiva ou mesmo de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, formulado pela defesa de ADRIANO DE SOUZA CUTRIM (conhecido por Adria Knowles) (Id. n. 123765940, pp. 17-19).

A defesa requereu, ainda, a reconsideração do pedido de liberdade provisória do réu, ao argumento de que é desnecessária a manutenção da prisão cautelar, notadamente porque não se encontram preenchidos os requisitos autorizadores previstos no artigo 312 do CPP. Instado a se manifestar sobre o pedido de revogação da prisão preventiva, o Ministério Público Federal se pronunciou pelo indeferimento do pedido. Destacou que a defesa do réu não trouxe aos autos qualquer dado que pudesse alterar o conjunto fático Num. 27757819 - Pág. 2 probatório já existente no feito, estando, pois, presentes as razões de fato e de direito que motivam a decretação da prisão preventiva. Com razão o Ministério Público Federal, notadamente porque além da decisão proferida na ocasião da audiência de custódia, que expôs as razões de fato e de direito que justificaram a medida cautelar (ID n. 24802991), tal pedido já foi reanalisado por este juízo recentemente, em 04 de dezembro de 2019 (ID n. 25614270), sendo certo que não se observa, pelos argumentos e documentos trazidos pela defesa, qualquer alteração a justificar a revogação da prisão preventiva. Ademais, não há provas de que o acusado desenvolvia atividade lícita, havendo apenas declarações de terceiros, de que trabalhava como maquiador para pessoa de nome Talita Soares Santos (ID n. 25225544) e, agora, de proposta de emprego de terceiros, supostamente proprietário de empresa chamada Valter Cutrim (Boate Diamante Negro), na condição ajudante geral (ID n. D 27422242). Além dessas declarações, nada de concreto. Há de se ressaltar, como já destacado na decisão anterior, o fato de que o réu realizou outras viagens internacionais (no mínimo duas), como se observa dos registros migratórios colacionados aos autos (ID n. 24783433), sabidamente de alto custo e incompatíveis com sua condição econômica, cujas razões ainda não estão esclarecidas nos autos. Nesse contexto, tenho que a prisão cautelar se faz necessária como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para garantir eventual aplicação da lei penal, sendo certo que qualquer outra medida cautelar diversa se apresenta insuficiente para suprir os riscos já apontados, notadamente de reiteração criminosa. Assim, ante o exposto, e pelas razões fáticas e jurídicas descritas nas decisões anteriores, INDEFIRO o pedido de revogação da prisão preventiva ou mesmo de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, formulado pela defesa (Id. n. 123765940, pp. 31-33).

Conforme ressaltado nas decisões impugnadas, a paciente não trouxe aos autos prova de residência fixa e ocupação lícita, apenas declarações de terceiros que não se prestariam à época do pedido a justificar a revogação da prisão preventiva.

A despeito de a paciente informar que reside e trabalha em Macapá (AP), por meio de declaração de Creuza Jardelina de Souza Santos (Id. n. 123765940, p. 9), as fotos de sua rede social Instagram definem que Adria mora em São Paulo, identificando seu telefone com o DDD do município de São Paulo (SP) (Id. n. 123765940, p. 35).

Ainda, anexou aos autos declaração de Talita Soares Santos, de 26.11.19, de que a paciente trabalhava como maquiadora (Id. n. 123765940, p. 12). Entretanto, em seu pedido de reconsideração da liberdade provisória, pouco mais de um mês depois, juntou declaração de proposta de emprego para o cargo de serviços gerais (Id. n. 123765940, p. 28).

As decisões do Juízo a quo encontravam-se amparadas na gravidade dos fatos, envolvendo tráfico internacional de cocaína, em contexto de organização criminosa, ressaltando que a prisão cautelar se fazia necessária como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para garantir eventual aplicação da lei penal.

Todavia, o esforço para combater a proliferação da Covid-19 demanda arrostar não poucas dificuldades. Do mesmo modo que as autoridades sanitárias haverão de identificar casos específicos, manejar recursos e recambiar pacientes, também o Poder Judiciário haverá de envidar esforços para lograr da melhor maneira possível tanto a sua função específica – atuação da lei no caso concreto – quanto empregar os meios instrumentais menos deletérios para a sociedade como um todo.

No caso concreto, o paciente é réu primário, de bons antecedentes e não cometeu crime violento ou mediante grave ameaça, referindo a decisão impugnada que “realizou outras viagens internacionais, como se observa dos registros migratórios colacionados aos autos, sabidamente de alto custo, cujas razões ainda não estão esclarecidas nos autos, notadamente quando se tem em conta que a defesa aponta como ocupação lícita do réu a prestação de serviço de ‘maquiador’ em salão de beleza”, a demonstrar que a função do paciente dentro da organização criminosa nunca ultrapassou a de mera “mula”, atividade ilícita que, à vista da atual realidade de fronteiras internacionais fechadas e restrição às diversas modalidades de transporte de passageiros, torna menos provável a sua prática e eventual evasão.

Assim, nas circunstâncias excepcionais propiciadas pela pandemia resultante do Covid-19, justifica-se a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares de natureza diversa da prisão (CPP, arts. 282 e 319), nos seguintes moldes:

a) comparecimento a todos os atos do processo, devendo indicar o endereço onde pode ser intimada;

b) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, se a paciente tiver residência e trabalhos lícitos;

c) proibição de mudar de endereço sem informar a Justiça Federal, assim como de ausentar-se do respectivo domicílio por mais de uma semana, sem prévia e expressa autorização do Juízo;

d) proibição de se ausentar do País sem prévia e expressa autorização judicial, devendo entregar seu passaporte.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus*, para substituir a prisão preventiva mediante o cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos acima explicitados.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

0000068-90.2002.4.03.6100

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelado: ROGÉRIO ANEAS BULDO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2020

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. NÃO INCIDÊNCIA. INDENIZAÇÃO PAGA NO CONTEXTO DE PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA - PDV. NATUREZA INDENIZATÓRIA. SÚMULA 215 DO C. STJ. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC/73 (ART. 1040, II, DO CPC) C/C ART. 1.030, II, DO CPC. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL NÃO PROVIDAS.

- Em razão do rito previsto no art. 1.030, II, do Código de Processo Civil, o feito terá o seu processamento em Juízo de Retratação, levado em consideração ao julgado paradigma do C. Superior Tribunal de Justiça, Resp. nº 1.112.745/SP.

- Nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional: *“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.(...)”*

- O imposto sobre a renda incide somente sobre o acréscimo patrimonial experimentado pelo contribuinte.

- As verbas de caráter indenizatório não são rendimentos, mas apenas recompõem o patrimônio. Não há que se falar em renda ou acréscimo patrimonial de qualquer espécie. Logo, as indenizações não são - e nem podem vir a ser - tributáveis por meio de IR (conforme Curso de Direito Constitucional Tributário, Roque Antônio Carazzai, editora RT, 1991, 2ª edição, São Paulo, pp. 349/350).

- Há que se definir a natureza jurídica das verbas recebidas pelo trabalhador ao ser dispensado sem justa causa.

- No caso de rescisão do contrato de trabalho, as verbas recebidas podem ou não ser consideradas acréscimo patrimonial.

- Com relação à verba paga em incentivo à demissão voluntária, o C. STJ já se pronunciou, na sistemática do artigo 543-C, do CPC/73 e, ao julgar o RESP 1.112.745, representativo de controvérsia, entendeu que os valores pagos por liberalidade do empregador tem natureza remuneratória e, portanto, sujeitam-se à tributação. No tocante as indenizações pagas em razão de plano de demissão voluntária (PDV) ou aposentadoria incentivada não deve incidir o imposto de renda.

- O verbete da Súmula 215 do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que *“A indenização recebida pela adesão a programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda”*.

- No caso, da documentação acostada aos autos (fls. 25/37) verifico que as verbas

denominadas “*Proposta de Plano de Estabilização de Pessoal em Fase de Transição*”, a bem da verdade, refere-se a complemento à indenização decorrente de Programa de Demissão Voluntária - PDV, relacionado a então empresa empregadora Banco CCF Brasil S/A e seus empregados, dos quais incluído o autor, ora apelante ROGÉRIO ANÉAS BULDO, então demissionário, circunstância com a mesma natureza jurídica relacionada ao disposto no citado verbete do C. STJ.

- A mudança de nomenclatura para “*Plano de Fidelização e Plano de Desenvolvimento*” (fl. 36) - denominação existente no Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho - tem o intuito de incentivar o desligamento espontâneo do trabalhador, cuja titularidade constante do documento de dispensa não descaracterizar a sua real natureza indenizatória.

- Patente a hipótese de não incidência, pois não há aumento no patrimônio do imputado, o qual somente é recomposto pela compensação, à vista da perda de direitos assegurados, cujo exercício não mais poderá ser usufruído, em função da demissão.

- Não há falar em interpretação ampliativa da hipótese de isenção prevista na legislação de regência, pois se cuida de caso de não incidência. Trata-se de figuras distintas: “*isenção é a exclusão, por lei, de parcela da hipótese de incidência, ou suporte fático da norma de tributação, sendo objeto de isenção a parcela que a lei retira dos fatos que realizam a hipótese de incidência da regra de tributação. A não incidência, diversamente, configura-se em face da própria norma de tributação, sendo objeto da não incidência todos os fatos que não estão abrangidos pela própria definição legal da hipótese de incidência*” (Hugo de Brito Machado, op. cit., p. 186-187). Inexistindo acréscimo patrimonial, não se concretiza, no caso em tela, a hipótese de incidência do imposto de renda.

- Ilegítima a incidência do imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de Programa de Demissão Voluntária, intitulada: “*Proposta de Plano de Estabilização de Pessoal em Fase de Transição ou Plano de Fidelização e Plano de Desenvolvimento*” (fls. 25/36).

- Em juízo de retratação, nos termos do rito previsto no art. 1.030, II, do Código de Processo Civil, negado provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu, em juízo de retratação, negar provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA. Ausente, justificadamente, o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela União Federal (FAZENDA NACIONAL) em face da sentença que julgou procedente o pedido e concedeu a ordem para eximir o

impetrante do recolhimento do imposto de renda retido na fonte sobre as verbas indenizatórias percebidas oriundas de “*Plano de Estabilização do Pessoal em Face de transição*”.

Em suas razões, a apelante sustenta, em síntese, que com o caráter não indenizatório das verbas rescisórias.

Com contrarrazões.

Neste Tribunal, a Quarta Turma desta Corte deu provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, para julgar improcedente o pedido inicial e determinar a incidência do imposto de renda sobre a verba relativa à “*Proposta de Plano de Estabilização do Pessoal em Face de transição*”, sob as denominações: “Plano de Fidelização” e “Plano de desenvolvimento”.

Inconformado, o autor interpôs Recursos Especial e Extraordinário.

Após o encaminhamento à Vice-Presidência desta Corte, retornaram os autos para análise e eventual Juízo de Retratação, em razão do julgamento do REsp nº 1.112.745/SP pelo E. S.T.J.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

Em razão do rito previsto no art. 1.030, II, do Código de Processo Civil, o feito terá o seu processamento em Juízo de Retratação, levado em consideração ao julgado paradigma do C. Superior Tribunal de Justiça Resp. nº 1.112.745/SP.

Pois bem.

Nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional:

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. (...)

Portanto, o imposto sobre a renda incide somente sobre o acréscimo patrimonial experimentado pelo contribuinte.

Por seu turno, é preciso ressaltar que as verbas de caráter indenizatório não são rendimentos, mas apenas recompõem o patrimônio. Não há que se falar em renda ou acréscimo patrimonial de qualquer espécie. Logo, as indenizações não são - e nem podem vir a ser - tributáveis por meio de IR (conforme Curso de Direito Constitucional Tributário, Roque Antônio Carrazzi, editora RT, 1991, 2ª edição, São Paulo, pp. 349/350).

Há que se definir, portanto, a natureza jurídica das verbas recebidas pelo trabalhador ao ser dispensado sem justa causa.

No caso de rescisão do contrato de trabalho, as verbas recebidas podem ou não ser consideradas acréscimo patrimonial.

Com relação à verba paga em incentivo à demissão voluntária, o C. STJ já se pronunciou, na sistemática do artigo 543-C, do CPC e, ao julgar o RESP 1.112.745, representativo de

controvérsia, entendeu que os valores pagos por liberalidade do empregador tem natureza remuneratória e, portanto, sujeitam-se à tributação. No tocante as indenizações pagas em razão de plano de demissão voluntária (PDV) ou aposentadoria incentivada não deve incidir o imposto de renda.

Vejamos:

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: Ia - 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. n.º 706.817/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28/11/2005; Ia 586.583/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, v.l., julgado em 24.5.2006, DJ 12.6.2006 p. 421; Eres 775.701/SP, Relator Ministro Castro Meira, Relator p/ Acórdão Ministro Luiz Flux, Data do Julgamento 26/4/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 1.8.2006 p. 364; Eres 515.148/RS, Relator Ministro Luiz Flux, Data do Julgamento 8/2/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 20.2.2006 p. 190 RET vol. 48 p. 28; Agrega nos Eres. 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 resilição 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. [...] Inexiste 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 Flux, 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 n. 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. 1112745/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, De 01/10/2009)

Aliás, o verbete da Súmula 215 do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que “A indenização recebida pela adesão a programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda”.

No caso, da documentação acostada aos autos (fls. 25/36) verifico que as verbas denominadas “*Proposta de Plano de Estabilização de Pessoal em Fase de Transição*”, a bem da verdade, refere-se a complemento à indenização decorrente de Programa de Demissão Voluntária - PDV, relacionado a então empresa empregadora Banco CCF Brasil S/A e seus empregados, dos quais incluído o autor, ora apelante ROGÉRIO ANÉAS BULDO, então demissionário, circunstância com a mesma natureza jurídica relacionada ao disposto no citado verbete do C. STJ.

Ressalve-se que a mudança de nomenclatura para “*Plano de Fidelização e Plano de Desenvolvimento*” (fl. 36) - denominação existente no c Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho - tem o intuito de incentivar o desligamento espontâneo do trabalhador, cuja denominação constante do documento de dispensa não descaracterizar a sua real natureza indenizatória.

Destarte, patente a hipótese de não incidência, pois não há aumento no patrimônio do impetrante, o qual somente é recomposto pela compensação, à vista da perda de direitos assegurados, cujo exercício não mais poderá ser usufruído, em função da demissão.

Por fim, não há falar em interpretação ampliativa da hipótese de isenção prevista na legislação de regência, pois se cuida de caso de não incidência. Trata-se de figuras distintas: “isenção é a exclusão, por lei, de parcela da hipótese de incidência, ou suporte fático da norma de tributação, sendo objeto de isenção a parcela que a lei retira dos fatos que realizam a hipótese de incidência da regra de tributação. A não incidência, diversamente, configura-se em face da própria norma de tributação, sendo objeto da não incidência todos os fatos que não estão abrangidos pela própria definição legal da hipótese de incidência” (Hugo de Brito Machado, op. cit., p. 186-187). Inexistindo acréscimo patrimonial, não se concretiza, no caso em tela, a hipótese de incidência do imposto de renda.

De todo o exposto, ilegítima a incidência do imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de Programa de Demissão Voluntária, intitulada: “*Proposta de Plano de Estabilização de Pessoal em Fase de Transição ou Plano de Fidelização e Plano de Desenvolvimento*” (fls. 25/36).

Ante o exposto, em juízo de retratação, nego provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, consoante fundamentação.

É como voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0005036-75.2016.4.03.6100

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apelada: MARIA INÊS MACHADO
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/05/2020

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face da r. sentença proferida em ação ordinária ajuizada por MARIA INÊS MACHADO objetivando a anulação de débito fiscal referente ao imposto sobre a renda do período de 2008 a 2012, em virtude de ser portadora de patologia grave (nefropatia grave), o que a torna isenta ao recolhimento do IRPF, consoante disposto no art. 62, inciso XIV da Lei 7.713/99, com restituição dos valores indevidamente recolhidos.

A r. sentença julgou procedentes os pedidos, extinguindo o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código Processo Civil, para: a) anular o crédito tributário de que cuida a Inscrição em Dívida Ativa n 280.1.15.004294-80 (débito apurado no PA 10880.600299/2015-87); b) declarar a isenção da autora quanto ao recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre os proventos de sua aposentadoria. c) condenar a UNIÃO FEDERAL à restituição valores retidos na fonte da autora a título de IRPF atinentes aos anos-calendários de 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012. Estabeleceu que a correção monetária dos créditos far-se-á do pagamento indevido (retenção) com aplicação apenas da Taxa SELIC, nos termos da Lei nº 9.250/95, que inclui a correção monetária e os juros. Determinou que a apuração do valor devido será realizada por meio de liquidação (§ 1º do artigo 491 do Código de Processo Civil - Lei n. 13.105/2015). Em atenção aos princípios da sucumbência e da causalidade, condenou a União Federal ao recolhimento integral das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, aplicando-se, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, §4º, III, CPC), a tabela progressiva de percentuais, observados os patamares mínimos, prevista no art. 85, §3º do CPC. Sentença não sujeita a reexame necessário, nos termos do artigo 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, a União Federal (Fazenda Nacional) aduz que a r. sentença deve ser reformada em relação aos honorários advocatícios. No entanto, relata, em síntese, a hipótese de incidência do imposto de renda, bem como da isenção do IRPF sobre valores recebidos por contribuintes acometidos por doenças graves, conforme a legislação aplicável. Aduz que apenas após o reconhecimento da isenção por laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a isenção poderá ser aplicada, sem efeito retroativo, que é exatamente o que objetiva a autora no caso em tela. Conclui que no “*caso em tela a autora junta aos autos cópia de laudo médico que atestaria possuir a doença elencada no artigo 6º, XVI da Lei 7713/88, com data de JUNHO DE 2012. Pretende com tal documento suspender dívida regularmente inscrita referente a débitos de IRPF, lançamento suplementar e multa, do ano-base de 2008, regularmente apurado no p.a 10880.600299/2015-87. Em conclusão, impossível o requerido pela autora, por ser vedado a isenção com efeito retroativo.*” Requer “*em conhecendo deste Apelo, haja por bem em dar-lhe PROVIMENTO. A condenação do autor ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários de sucumbências relativas à demanda.*”

Em contrarrazões, a parte autora requer a manutenção da sentença (ID 57339844), tendo os autos subido a esta E. Corte.

Foi deferida a antecipação da tutela recursal para determinar a sustação de protesto (ID 100517422).

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 932 do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, haja vista entendimento dominante sobre o tema em questão (Súmula 568/STJ, aplicada por analogia).

Com efeito, a regra inserta no art. 6º, XIV, da Lei n.º 7.713/88 prevê a outorga de isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria, reforma ou pensão, em face da existência de moléstia grave que acomete o contribuinte, *in verbis*:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: (...)

XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

A E. Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1116620/BA, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que se tratando de isenção tributária, incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. A concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal.

2. O conteúdo normativo do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, com as alterações promovidas pela Lei 11.052/2004, é explícito em conceder o benefício fiscal em favor dos aposentados portadores das seguintes moléstias graves: moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma. Por conseguinte, o rol contido no referido dispositivo legal é taxativo (*numerus clausus*), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas.

3. Consectariamente, revela-se interdita a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser in-

cabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN. (Precedente do STF: RE 233652 / DF - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ 18-10-2002. Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no REsp 957.455/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 09/06/2010; REsp 1187832/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; REsp 1035266/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 04/06/2009; AR 4.071/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 18/05/2009; REsp 1007031/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 04/03/2009; REsp 819.747/CE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2006, DJ 04/08/2006)

4. In casu, a recorrida é portadora de distonia cervical (patologia neurológica incurável, de causa desconhecida, que se caracteriza por dores e contrações musculares involuntárias - fls. 178/179), sendo certo tratar-se de moléstia não encartada no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1116620/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 25/08/2010)

Outrossim, nos termos da Súmula nº 598 do C. Superior Tribunal de Justiça “É desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento judicial da isenção do imposto de renda, desde que o magistrado entenda suficientemente demonstrada a doença grave por outros meios de prova.” (Súmula 598, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/11/2017, DJe 20/11/2017)

Ademais, nos termos da Súmula nº 627 do C. Superior Tribunal de Justiça, “O contribuinte faz jus à concessão ou à manutenção da isenção do imposto de renda, não se lhe exigindo a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da doença nem da recidiva da enfermidade.” (Súmula 627, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018)

No caso dos autos, a questão controvertida refere-se ao termo inicial da isenção, já que a União Federal sustenta que a isenção deve ser concedida tão somente a partir de 2012, data do laudo médico.

Contudo, conforme entendimento sedimentado no E. Superior Tribunal de Justiça, “o termo inicial para ser computada a isenção do imposto de renda para as pessoas portadoras de doenças graves, e, conseqüentemente, a restituição dos valores recolhidos a tal título, sobre proventos de aposentadoria, deve ser a partir da data em que comprovada a doença grave, ou seja, do diagnóstico médico, e não da emissão do laudo oficial”, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA PERCEBIDOS POR PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. REVALORAÇÃO JURÍDICA, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DE PREMISSAS FÁTICAS INCONTROVERSAS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. TERMO INICIAL DA ISENÇÃO. DATA DO DIAGNÓSTICO. DISPENSA DE REAVALIAÇÕES MÉDICAS PERIÓDICAS, EM SE TRATANDO DE CARDIOPATIA GRAVE. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO AGRAVADA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito, na qual a parte autora - servidora pública estadual aposentada, portadora de cardiopatia grave - pleiteou a declaração de dispensa da exigência de submissão a perícias médicas periódicas, como condição para continuidade do reconhecimento da isenção do imposto de renda sobre seus proventos de aposentadoria, assim como a condenação da parte ré à restituição dos valores recolhidos, a título desse tributo, desde 15/02/2005, data em que foi diagnosticada a cardiopatia grave, até quando veio a ser reconhecida, administrativamente, a mencionada isenção fiscal. Após o regular processamento do feito, sobreveio a sentença, na qual se denegou apenas o primeiro pedido, por se considerar indispensável a exigência de sujeição da autora a reavaliações médicas periódicas, julgando, assim, parcialmente procedente a demanda. Interpostas Apelações, por ambas as partes, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da autora e deu parcial provimento ao recurso da parte ré e à remessa oficial, para reconhecer a isenção do imposto de renda apenas a partir da data de emissão do laudo oficial, em dezembro de 2009. No Recurso Especial, além de divergência jurisprudencial, a parte autora indicou contrariedade ao art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, e defendeu, de um lado, a fixação, como termo inicial da isenção do imposto de renda sobre seus proventos de aposentadoria, inclusive para efeito de restituição do indébito tributário, a data em que foi diagnosticada sua cardiopatia grave (fevereiro de 2005), e, além disso, a desnecessidade de outras inspeções médicas periódicas, como condição para manter a isenção já reconhecida. Inadmitido o Recurso Especial, na origem, foi interposto o correspondente Agravo em Recurso Especial. Na decisão agravada o Agravo em Recurso Especial foi conhecido, para conhecer e dar provimento ao Recurso Especial, a fim de julgar totalmente procedente a demanda, o que ensejou a interposição do presente Agravo interno.

III. Embora a Súmula 7 do STJ impeça o reexame de matéria fática, a referida Súmula não impede a intervenção desta Corte, quando há errônea valoração jurídica de fatos incontroversos nos autos e delineados no acórdão recorrido, tal como se verifica nos presentes autos, em que o Tribunal de origem, ao julgar a causa, deixou consignado, no voto condutor do acórdão recorrido, que a doença da parte autora foi diagnosticada em fevereiro de 2005, após o ato de sua aposentação, que se deu em 1986.

IV. Na forma da jurisprudência dominante desta Corte, o termo inicial para ser computada a isenção do imposto de renda para as pessoas portadoras de doenças graves, e, conseqüentemente, a restituição dos valores recolhidos a tal título, sobre proventos de aposentadoria, deve ser a partir da data em que comprovada a doença grave, ou seja, do diagnóstico médico, e não da emissão do laudo oficial. Nesse sentido: STJ, REsp 812.799/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 12/06/2006; REsp 780.122/PB, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJU de 29/03/2007; REsp 900.550/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJU de 12/04/2007; REsp 859.810/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJU de 29/08/2006; REsp 1.058.071/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/09/2008; REsp 1.596.045/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016; STJ, REsp 1.584.534/SE, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região), SEGUNDA TURMA, DJe de 29/08/2016; AgInt nos EDcl no AgRg no AREsp 835.875/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/03/2017; REsp 1.727.051/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2018; REsp 1.735.616/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/08/2018.

V. A Segunda Turma do STJ, ao julgar o REsp 1.125.064 (Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJe 14/04/210), decidiu que, reconhecida a moléstia grave, presente no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, “não se exige a demonstração da contemporaneidade dos sintomas, nem a indicação de validade do laudo pericial, ou a comprovação de recidiva da enfermidade, para que o contribuinte faça jus à isenção de Imposto de Renda prevista no art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88. Precedentes do STJ”. Em igual sentido, ao julgar o RMS 37.058/GO

(Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 13/09/2018), referente a isenção de imposto de renda formulado por portador de doença caracterizada como cardiopatia grave, a Segunda Turma do STJ deixou assentado que “a isenção do imposto de renda incidente sobre os proventos de aposentadoria percebidos por portadores de moléstias-graves nos termos art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88 independe da contemporaneidade dos sintomas. Precedentes: REsp 1125064 / DF, Segunda Turma, rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 14/04/2010; REsp 967693 / DF, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJ 18/09/2007; REsp 734541 / SP, Primeira Turma, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 20/02/2006; MS 15261 / DF, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.09.2010”. Assim, em se tratando de cardiopatia grave, resta dispensada a exigência de reavaliação pericial periódica.

VI. No presente caso, por estar o acórdão recorrido em confronto com a orientação jurisprudencial do STJ, deve ser mantida a decisão que conheceu do Agravo em Recurso Especial e deu provimento ao Recurso Especial da parte autora da demanda.

VII. Descabimento, no caso, de imposição da multa do § 4º do art. 1.021 do CPC/2015, eis que o mero inconformismo com a decisão agravada não enseja a necessária imposição da sanção, quando não configurada a manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso, por decisão unânime do colegiado. Precedentes.

VIII. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1156742/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019)

Da análise dos autos, conforme deixou bem consignado pelo juízo a quo: “Desse modo, reconhecido o direito à isenção do recolhimento do imposto de renda, manifesto o direito da autora à restituição dos valores pagos indevidamente a tal título, a partir da data de comprovação da doença, isto é, da data que consta no laudo médico como termo inicial da moléstia, 28/12/2005, respeitado o prazo prescricional quinquenal.”

Assim, comprovado que a autora era portadora de moléstia grave desde 2005, deve ser mantida a r. sentença que anulou o crédito tributário de que cuida a Inscrição em Dívida Ativa n 280.1.15.004294-80 (débito apurado no PA 10880.600299/2015-87), declarou a isenção da autora quanto ao recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre os proventos de sua aposentadoria e condenou a UNIÃO FEDERAL à restituição valores retidos na fonte da autora a título de IRPF atinentes aos anos-calendários de 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012.

É de ser mantida a condenação da União Federal em honorários advocatícios, já que fixado sobre o patamar mínimo, nos termos do artigo 85, §§3º e 4º do CPC.

Ante o exposto, nos termos do art. 932 do Código de Processo Civil de 2015, *nego provimento* à apelação da União Federal (Fazenda Nacional).

Observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de abril de 2020.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

0012919-73.2016.4.03.6100

Partes Autoras: FLEXTRONICS INTERNATIONAL TECNOLOGIA LTDA. E OUTRAS
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2020

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPI. INSUMO, MATÉRIA-PRIMA E EMBALAGEM. ZONA FRANCA DE MANAUS. COMPENSAÇÃO.

1. Firmado pela Suprema Corte o entendimento de que gera direito de crédito de IPI a aquisição de insumo, matéria-prima e material de embalagem adquirido da Zona Franca de Manaus, ainda que com isenção (Tema 322, RE 592.891): precedente aplicável, mesmo quando ainda pendentes embargos de declaração, atualmente julgados, e independentemente da modulação dos efeitos da declaração, cuja aplicação posterior é ressalvada.
2. Embora não se trate, propriamente, de indébito fiscal, mas de benefício ou incentivo fiscal na forma de direito de crédito de IPI sobre insumo, matéria-prima e material de embalagem, ainda que adquirido com isenção junto à Zona Franca de Manaus, tem reconhecido a jurisprudência que, além do aproveitamento por escrituração, é possível o ressarcimento por repetição ou compensação.
3. A compensação a ser realizada na via administrativa, após o trânsito em julgado e no limite da prescrição quinquenal, deve observar o artigo 74 da Lei 9.430/1996 e legislação vigente ao tempo da propositura da ação, acrescido o principal (crédito de IPI) da Taxa SELIC aplicável a partir da data do ajuizamento do feito, por não se tratar de indébito fiscal.
4. Provimento parcial da remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial à sentença que julgou procedente o pedido de declaração de direito ao creditamento de IPI decorrente de insumos e matérias primas isentas adquiridas na Zona Franca de Manaus, e à respectiva compensação, observado o prazo prescricional quinquenal e o trânsito em julgado, atualização monetária pela taxa SELIC, sem prejuízo de eventual modulação dos efeitos no RE 592.891, com condenação em verba honorária, conforme decisão proferida em embargos de declaração, em percentual a ser fixado após a

liquidação do julgado, nos termos do artigo 85, § 4º, II, do CPC (IDs 126062910, p. 72/79 e 126062911, p. 15/16).

A Fazenda Nacional deixou de interpor recurso voluntário, dada a dispensa prevista na Portaria 502/2016, artigo 2º (matéria 1.2.5.11 – ID 126062911, p. 20).

Houve petição dos contribuintes em 03/03/2020, requerendo “concessão da tutela provisória de urgência ou de evidência, de modo a permitir que a Requerente possa usufruir dos efeitos da r. sentença [...], até o julgamento final do referido reexame necessário” (ID 126062916).

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

Senhores Desembargadores, especificamente quanto a insumos isentos adquiridos da Zona Franca de Manaus, a Suprema Corte firmou, no Tema 322, a tese, no julgamento do RE 592.891, com repercussão geral, de que “há direito ao creditamento de IPI na entrada de insumos, matéria-prima e material de embalagem adquiridos junto à Zona Franca de Manaus sob o regime da isenção, considerada a previsão de incentivos regionais constante do art. 43, § 2º, III, da Constituição Federal, combinada com o comando do art. 40 do ADCT”.

Explícito, a propósito, o acórdão assim ementado:

RE 592.891, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 19/09/2019:

TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. CREDITAMENTO NA AQUISIÇÃO DIRETA DE INSUMOS PROVENIENTES DA ZONA FRANCA DE MANAUS. ARTIGOS 40, 92 E 92-A DO ADCT. CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 3º, 43, § 2º, III, 151, I E 170, I E VII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA REGRA CONTIDA NO ARTIGO 153, § 3º, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À ESPÉCIE. O fato de os produtos serem oriundos da Zona Franca de Manaus reveste-se de particularidade suficiente a distinguir o presente feito dos anteriores julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o creditamento do IPI quando em jogo medidas desonerativas. O tratamento constitucional conferido aos incentivos fiscais direcionados para sub-região de Manaus é especialíssimo. A isenção do IPI em prol do desenvolvimento da região é de interesse da federação como um todo, pois este desenvolvimento é, na verdade, da nação brasileira. A peculiaridade desta sistemática reclama exegese teleológica, de modo a assegurar a concretização da finalidade pretendida. À luz do postulado da razoabilidade, a regra da não cumulatividade esculpida no artigo 153, § 3º, II da Constituição, se compreendida como uma exigência de crédito presumido para creditamento diante de toda e qualquer isenção, cede espaço para a realização da igualdade, do pacto federativo, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e da soberania nacional. Recurso Extraordinário desprovido.

Contra tal acórdão foram opostos e rejeitados embargos declaração opostos pela Fazenda Nacional (DJe de 12/03/2020).

Publicados os acórdãos não se pode negar cumprimento e observância à interpretação da Corte Constitucional, orientação que, de resto, foi adotada nesta Turma mesmo quando ainda pendentes embargos de declaração ou discussão de eventual modulação dos efeitos da decisão, sem prejuízo da ressalva ao respectivo cumprimento quando assim definido pela Suprema Corte.

Neste sentido:

ApCiv 5000648-29.2016.4.03.6105, Rel. Des. Fed. JOHONSON DI SALVO, intimação via sistema 24/03/2020:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. O recurso apresentado pela UNIÃO na verdade se insurge quanto aos acórdãos proferidos pelo STF nos RE's nºs 592.891 e 596.614, não apontando nenhum vício de que padeça o acórdão embargado, que apenas os aplicou.

2. *Quanto ao pedido de suspensão do processo enquanto não houver o trânsito em julgado do paradigma, registro que não há viabilidade para a suspensão do julgamento deste feito, à conta do resultado de evento futuro e incerto. É impossível a suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento dos RE's nºs 592.891 e 596.614, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15; a questão tornou-se objeto do Tema 322 da repercussão geral: "Há direito ao creditamento de IPI na entrada de insumos, matéria-prima e material de embalagem adquiridos junto à Zona Franca de Manaus sob o regime da isenção, considerada a previsão de incentivos regionais constante do art. 43, § 2º, III, da Constituição Federal, combinada com o comando do art. 40 do ADCT". O julgado permite pronta aplicação, como apontado pela jurisprudência do STF e do STJ e a partir entendimento já pacificado do STF de que o precedente firmado pelo plenário não exige o trânsito em julgado para surtir os devidos efeitos pelo Judiciário.*

3. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, ictu oculi, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no decisum, calçados no entendimento segundo o qual como não houve pedido de restituição prévio ao ajuizamento da ação, o termo inicial da correção monetária deve ser a data da impetração do mandado de segurança.

4. Inexiste contradição na fundamentação do acórdão. O fato de ter consignado a notória resistência do Fisco ao creditamento perseguido não impõe a incidência de correção monetária desde a aquisição do insumo isento junto à Zona Franca de Manaus, pois inexistia até o ajuizamento da ação a mora, pressuposto básico da correção monetária.

5. Não há incompatibilidade entre o quanto decidido e o entendimento estampado na Súmula nº 411 e no RESP nº 1.035.847/RS, pois neles se definiu apenas a necessidade de atualização monetária dos créditos de IPI quando há oposição ao aproveitamento, sem fixar o termo inicial de sua incidência. O RESP nº 1.112.524/DF, por seu turno, não tratou especificamente da questão posta em desate. (g.n.)

Ressalva-se, porém, a superveniência de eventual modulação dos efeitos da decisão proferida pela Suprema Corte.

Na espécie, as autoras juntaram notas fiscais que comprovam a aquisição de insumos isentos, originários da Zona Franca de Manaus (ID 126062910, p. 11/15).

Embora não se trate, propriamente, de indébito fiscal, mas de benefício ou incentivo fiscal na forma de direito de crédito de IPI sobre insumo, matéria-prima e material de embalagem adquiridos, ainda que com isenção, da Zona Franca de Manaus, a jurisprudência tem reconhecido que, além do aproveitamento por escrituração, é possível ressarcimento através de repetição ou compensação.

Decidiu, neste sentido, a Corte:

ApReeNec 5000792-12.2018.4.03.6144, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, e - DJF3 03/03/2020:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. IPI. CREDITAMENTO. INSUMOS ISENTOS. ZONA FRANCA DE MANAUS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO RECENTE JULGAMENTO DO C. STF NO RE 592.891/SP. REPERCUSSÃO GERAL. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. Discute-se o direito ao creditamento de créditos de IPI relativos à aquisição de insumos isentos provenientes da Zona Franca de Manaus, utilizados na manufatura de produtos sujeitos à tributação.
2. A questão dispensa maiores digressões, visto que a matéria já foi apreciada pelo E. Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.891/SP (Tema 322), sob a sistemática da repercussão geral, que firmou entendimento no sentido de que: “Há direito ao creditamento de IPI na entrada de insumos, matéria-prima e material de embalagem adquiridos junto à Zona Franca de Manaus sob o regime da isenção, considerada a previsão de incentivos regionais constante do art. 43, § 2º, III, da Constituição Federal, combinada com o comando do art. 40 do ADCT”.
3. Na forma do art. 9º do Decreto-Lei nº 288/67, “estão isentas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) todas as mercadorias produzidas na Zona Franca de Manaus, quer se destinem ao seu consumo interno, quer à comercialização em qualquer ponto do Território Nacional”, não restando dúvidas quanto ao fato de ser esta a legislação aplicável ao feito.
4. Relativamente aos insumos adquiridos sob o regime de isenção na Zona Franca de Manaus, o creditamento do IPI incidente sobre tais insumos não viola os princípios da não-cumulatividade, isonomia, legalidade, seletividade e da livre concorrência.
5. Em tal situação, a isenção consiste em incentivo regional de status constitucional, criado com fundamento no art. 43, §2º, III, da CF. Esse especial diferencial estabelecido pela Lei Maior, mais do que a regra da não-cumulatividade, é que orienta o aproveitamento do IPI envolvendo as aquisições oriundas da zona de livre comércio.
6. Resta claro, portanto, o direito da apelada ao crédito de IPI relativo às aquisições de insumos na Zona Franca de Manaus, os quais, por força do art. 9º do Decreto-Lei nº 288/67, gozam do benefício da isenção.
7. Caso concreto em que a apelada juntou aos autos (ID 82754290) notas fiscais que comprovam que realiza recorrentes operações de aquisição de insumo isentos da Zona Franca de Manaus.
8. *Como consectário lógico, de rigor a manutenção da r. sentença que reconheceu o pedido do autor de repetir, pela via da restituição judicial ou por meio da compensação administrativa, devidamente atualizados, os valores indevidamente recolhidos nos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da presente ação, pela Taxa Selic.*
9. *Cumpra consignar que a compensação deverá aguardar o trânsito em julgado da presente ação, em atenção ao disposto no artigo 170-A do CTN. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). Cabe salientar ser descabida a aplicação de legislação superveniente ao ajuizamento da demanda em relação à compensação tributária.*
10. Apelação e remessa oficial desprovidas.

No caso, a sentença autorizou a compensação administrativa, observada a prescrição quinquenal e o trânsito em julgado, do crédito de IPI decorrente de insumo e matéria-prima isentas adquiridas na Zona Franca de Manaus, acrescido o principal de taxa SELIC, sem prejuízo de eventual modulação dos efeitos do RE 592.891, com verba honorária em percentual a ser fixado após a liquidação do julgado.

Frente à jurisprudência firmada, cabe reparo à sentença para delimitar o âmbito da compensação, pois o próprio contribuinte pleiteou, em consonância com a jurisprudência, o trato administrativo à luz do artigo 74 da Lei 9.430/1996 a evidenciar a possibilidade de utilização do crédito de IPI para compensar débitos próprios relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, sem prejuízo do disposto em legislação específica vigente ao tempo da propositura da ação.

Também cabível a aplicação da Taxa SELIC somente a partir do ajuizamento da ação, na linha da jurisprudência da Turma, vez que, embora autorizada a compensação, não se trata de indébito fiscal, mas de benefício fiscal concedido sob a forma de crédito escritural que, no âmbito administrativo, sujeita-se à correção monetária somente a partir do requerimento administrativo ou decurso do prazo previsto no artigo 24 da Lei 11.457/2007. Em se tratando de pleito deduzido na via judicial, ainda que para cumprimento da compensação na via administrativa, o termo inicial a ser considerado na aplicação da Taxa SELIC deve ser, pois, a data do ajuizamento da ação em linha com o fixado legalmente segundo a natureza do crédito a ser compensado (ApCiv 5000648-29.2016.4.03.6105, Rel. Des. Fed. JOHONSON DI SALVO, supracitada).

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial, nos termos supracitados.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5029822-60.2019.4.03.0000

Agravante: DENVER ESPECIALIDADES QUIMICAS LTDA.

Agravada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2020

EMENTA

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÕES AO FNDE, INCRA E SEBRAE – EMENDA CONSTITUCIONAL 33/01 – FOLHA DE SALÁRIOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, de que a contribuição ao INCRA é devida pelas empresas urbanas, em percentual incidente sobre a folha de salários (REsp 977.058/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/11/2008)
2. A Súmula nº. 732, do Supremo Tribunal Federal: “É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996”.
3. De outro lado, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência da contribuição ao SEBRAE.
4. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal declarou que as contribuições ao “Sistema S” foram recepcionadas pelo artigo 240, da Constituição e são devidas pelas empresas prestadoras de serviços que exploram atividade econômica com intuito lucrativo.
5. A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência.
6. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de agravo de instrumento contra r. decisão que indeferiu a liminar em mandado de segurança destinado a afastar a incidência da contribuição ao FNDE (salário-educação), ao INCRA e ao SEBRAE, sobre a folha de salários.

A impetrante, ora agravante, sustenta que as contribuições não teriam sido recepcionadas pela Constituição ou teriam sido revogadas com a edição da EC nº 33/01.

Aponta violação ao artigo 149, §2º, III, da Constituição Federal, pela aplicação da alíquota “ad valorem” à folha de salários. Apenas seria possível a incidência de determinada alíquota sobre (a) o faturamento, (b) a receita bruta, (c) o valor da operação ou (d) o valor aduaneiro.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (ID 107344556).

Resposta (ID 107676295).

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 122861023).

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

As contribuições são devidas.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, no regime de recursos repetitivos, de que a contribuições ao INCRA é devida pelas empresas urbanas, em percentual incidente sobre a folha de salários:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO INCRA. ADICIONAL DE 0,2%. NÃO EXTINÇÃO PELAS LEIS 7.787/89, 8.212/91 E 8.213/91. LEGITIMIDADE.

1. A exegese Pós-Positivista, imposta pelo atual estágio da ciência jurídica, impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Carta Maior, que lhe revela a denominada “vontade constitucional”, cunhada por Konrad Hesse na justificativa da força normativa da Constituição.

2. Sob esse ângulo, assume relevo a colocação topográfica da matéria constitucional no afã de aferir a que vetor principiológico pertence, para que, observando o princípio maior, a partir dele, transitar pelos princípios específicos, até o alcance da norma infraconstitucional.

3. A Política Agrária encarta-se na Ordem Econômica (art. 184 da CF/1988) por isso que a exação que lhe custeia tem inequívoca natureza de Contribuição de Intervenção Estatal no Domínio Econômico, coexistente com a Ordem Social, onde se insere a Seguridade Social custeada pela contribuição que lhe ostenta o mesmo nomen juris.

4. A hermenêutica, que fornece os critérios ora eleitos, revela que a contribuição para o Incra e a Contribuição para a Seguridade Social são amazonicamente distintas, e a fortiori, infungíveis para fins de compensação tributária.

5. A natureza tributária das contribuições sobre as quais gravita o thema iudicandum, impõe ao aplicador da lei a obediência aos cânones constitucionais e complementares atinentes ao sistema tributário.

6. O princípio da legalidade, aplicável in casu, indica que não há tributo sem lei que o institua, bem como não há exclusão tributária sem obediência à legalidade (art. 150, I da CF/1988 c.c art. 97 do CTN).

7. A evolução histórica legislativa das contribuições rurais denota que o Funrural (Prorural) fez as vezes da seguridade do homem do campo até o advento da Carta neo-liberal de 1988, por isso que, inaugurada a solidariedade genérica entre os mais diversos segmentos da atividade econômica e social, aquela exação restou extinta pela Lei 7.787/89.

8. Diversamente, sob o pálio da interpretação histórica, restou hígida a contribuição para o Incra cujo desígnio em nada se equipara à contribuição securitária social.

9. Consequentemente, resta inequívoca dessa evolução, constante do teor do voto, que: (a) a Lei 7.787/89 só suprimiu a parcela de custeio do Prorural; (b) a Previdência Rural só foi

extinta pela Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, com a unificação dos regimes de previdência; (c) entretanto, a parcela de 0,2% (zero vírgula dois por cento) ? destinada ao Incra ? não foi extinta pela Lei 7.787/89 e tampouco pela Lei 8.213/91, como vinha sendo proclamado pela jurisprudência desta Corte.

10. Sob essa ótica, à míngua de revogação expressa e inconciliável a adoção da revogação tácita por incompatibilidade, porquanto distintas as razões que ditaram as exações *sub judice*, ressoa inequívoca a conclusão de que resta hígida a contribuição para o Incra.

11. Interpretação que se coaduna não só com a literalidade e a história da exação, como também converge para a aplicação axiológica do Direito no caso concreto, viabilizando as promessas constitucionais pétreas e que distinguem o ideário da nossa nação, qual o de constituir uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades regionais.

12. Recursos especiais do Incra e do INSS providos.

(REsp 977.058/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/11/2008)

O reconhecimento de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, não obsta a aplicação da tese.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência do salário-educação, no regime das Constituições de 1969 e 1988 (STF, RE 660933 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 02/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 22-02-2012 PUBLIC 23-02-2012, trânsito em julgado: 19/03/2012).

A Súmula nº. 732, do Supremo Tribunal Federal: “É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996”.

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência da contribuição ao SEBRAE:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE. CARÁTER AUTÔNOMO E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. SUJEIÇÃO PASSIVA QUE DEVE ALCANÇAR COOPERATIVAS QUE ATUEM NO SETOR.

No julgamento do Recurso Extraordinário 635.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, o Plenário desta Corte reconheceu a constitucionalidade da contribuição para o Sebrae. Ao apreciar o RE 396.226/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, o Tribunal assentou que a contribuição para o Sebrae é autônoma e possui caráter de intervenção no domínio econômico. Assim, a sujeição passiva deve ser atribuída aos agentes que atuem no segmento econômico alcançado pela intervenção estatal. Não há na hipótese referibilidade estrita que restrinja o alcance da exação ao âmbito de atuação do Sebrae. A natureza da contribuição impõe que se reconheça a efetiva atuação no segmento econômico objeto da intervenção estatal em detrimento do intuito lucrativo, sobretudo pela existência de capacidade contributiva. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 595670 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 18-06-2014 PUBLIC 20-06-2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. DESNECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. PERÍODO POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 8.706/93. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA REFLEXA. SÚMULA Nº 636.

1. O Plenário da Corte, ao apreciar o RE nº 635.682/RJ-RG (Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25/4/13), cuja repercussão geral havia sido reconhecida, reafirmou o posicio-

namento da Corte pela desnecessidade de edição de lei complementar para a instituição da contribuição destinada ao SEBRAE, bem como pela sua caracterização como contribuição de intervenção no domínio econômico.

2. No tocante à alegada violação do princípio da legalidade tributária e à consequente inexistência de exigibilidade da contribuição para o SEBRAE após o advento da Lei nº 8.706/93, a qual instituiu as exações destinadas ao SEST e SENAT, da forma como decidido no v. acórdão, seria necessário o específico reexame da legislação infraconstitucional pertinente ao caso (Lei nº 8.706/93 e Decretos nºs 1.007/93 e 1.092/94), o que não é cabível nessa instância recursal. Incidência da Súmula nº 636 da Corte. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AI 608035 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23-09-2013 PUBLIC 24-09-2013).

A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência existentes.

A jurisprudência desta Corte:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA S, INCRA E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES DESTINATÁRIAS DOS RECURSOS ARRECADADOS. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA S E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EC 33/01. A ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO IMPÔS RESTRIÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES, MAS APENAS EXEMPLIFICOU BASES DE CÁLCULO A SEREM ELENCADAS CASO SEJAM INSTITUÍDAS NOVAS CONTRIBUIÇÕES. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A jurisprudência do STJ cristalizou-se em favor da legitimidade passiva das entidades do Sistema S para as causas em que o contribuinte discute as contribuições cujo resultado econômico deve servir às atividades daqueles entes, afastando a alegação de ilegitimidade passiva do SEBRAE-SP.

2. No que tange às contribuições destinadas ao Sistema S, sua instituição deriva dos Decretos-Lei 9.853/46 e 8.621/46 e tem recepção constitucional garantida pelo art. 240 da CF, ressaltando das disposições referentes às contribuições sociais strictu sensu (previstas no art. 195) as contribuições compulsórias dos empregados sobre a folha de salários voltadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. Têm, porquanto, fundamento constitucional autônomo, rechaçando a disciplina do art. 149 da CF. O mesmo se diz quanto às contribuições do salário-educação, pois, conforme reconhecido pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, têm por fulcro o art. 212, § 5º, da CF.

3. *Quanto à tese restritiva atinente à EC 33/01, este Tribunal sedimentou jurisprudência no sentido de que as alternativas de base de cálculo agora previstas no art. 149, § 2º, da CF não são taxativas, mantendo-se hígdas as contribuições então incidentes sobre a folha de salários - até porque se esta fosse a intenção do constituinte derivado, certamente disciplinaria a nova fonte de custeio das entidades favorecidas pelas contribuições.*

(TRF3, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371761 0006608-66.2016.4.03.6100, SEXTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/08/2018).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO AO SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO FGTS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES PARAESTATAIS. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. A legitimidade para figurar no polo passivo da demanda é somente da União Federal. A matéria abordada nos autos diz respeito à incidência de contribuição sobre parcelas da re-

muneração. Assim, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil a fiscalização e cobrança dos tributos em questão, tendo as entidades terceiras, às quais se destinam os recursos arrecadados, mero interesse econômico, mas não jurídico.

2. Segundo entendimento jurisprudencial consolidado nos Tribunais Federais e nesta Corte é exigível a contribuição destinada ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, FNDE e FGTS; inclusive após o advento da EC 33/2001. A nova redação do artigo 149, §2º, da CF/88 prevê, tão somente, alternativas de bases de cálculo para as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, sem o propósito de estabelecer proibição de que sejam adotadas outras bases de cálculo.

3. A nova redação constitucional leva à compreensão de que as bases de cálculo para as contribuições especificadas no inciso III no § 2º do artigo 149 da CF, incluído pela EC nº 33/01, são previstas apenas de forma exemplificativa e não tem o condão de retirar a validade da contribuição social ou de intervenção do domínio econômico incidente sobre a folha de pagamento.

4. Caso contrário, acolhido o raciocínio da apelante, a redação do art. 149, §2º, que faz clara referência às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, obstaria inclusive a incidência de contribuições sociais à seguridade social sobre a folha do pagamento das empresas, inferência ofensiva à disposição constitucional expressa do art. 195, I, a da CF/88.

5. Recurso de Apelação não provido.

(TRF3, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2198347 0008473-95.2014.4.03.6100, PRIMEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/03/2018).

Os fundamentos utilizados pelas Cortes Superiores aplicam-se às demais contribuições ao Sistema “S”.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

Sentenças



AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

0002359-04.2004.4.03.6000

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRAS, APARECIDO DORIVAL CAETANO, ADALTO JOSÉ MANZANO E OUTROS

Litisconsorte: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Juiz Federal: LUCAS MEDEIROS GOMES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/03/2020

DECISÃO

I. Relatório

O Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública c/c Ação de Improbidade Administrativa tombadas sob o n.º 0002359-04.2004.4.03.6000, com base na Lei n.º 8.429/92, na Lei Complementar n.º 75/93, com pedido liminar em face de José Ricardo Pereira Cabral, Antônio Norberto do Couto, Paulo Roberto Duarte, Adalto José Manzano, Ruiteir Cunha de Oliveira, Vicente Hiroyuki Yasunaka, Aparecido Dorival Caetano, Estado de Mato Grosso do Sul e Petrobrás S/A.

Exordial (Num. 25330502).

Juntou notícia da Folha de São Paulo, Ofícios do Secretário de Receita e Controle e contrato de pagamento de dívidas existente entre a União e o MS (fls. 07, Volume I, Anexo V e Volume II, respectivamente).

Coligiu Procedimento Administrativo n.º 1.21.000.000.334/2003-59 (Num. 25330507 - Pág. 20 e ss), na qual direções de partidos políticos levantam reportagem da folha e denúncia anônima sobre esquema de obtenção de fundos para a campanha eleitoral do Governador, à época, José Orcírio Miranda dos Santos.

Mencionou, naquela assentada, que o assunto foi levado ao Tribunal Regional Eleitoral por intermédio de ação de impugnação de mandato eletivo. Narrou que

(a)s empresas envolvidas, escolhidas pelo próprio Governador, eram orientadas a não registrarem as notas fiscais de venda de crédito de ICMS para evitar o pagamento de imposto de renda para a Receita Federal, sendo que o produto das vendas dos créditos do ICMS eram divididos, 80% para pessoas físicas pertencentes ou “colaboradores” do Governo do Estado e 20% para o “caixa 2” das empresas ou empresários envolvidos na negociata.

[...] sem contar que os beneficiados pelo esquema, alguns deles não cadastrados como contribuintes de ICMS do Estado, sequer tinham créditos a receber ou a compensar com o Governo estadual.

Ainda segundo o denunciante, os fatos poderiam ser comprovados com a requisição à Secretaria de Receita e Controle de todos os processos administrativos em que a Petrobrás efetuou ressarcimentos de ICMS deduzidos do Estado por determinação de ofícios da Secretaria de Receita e Controle, dentre eles os seguintes: 11/059.487; 11/059.642/2001; 11/059.467/2001; 11/004.542/2002; 11/059.394/2001; 11/059..462/2001; 11/059.369/2001; 11/059..368/2001; 11/059..390/2001; 11/059.372/2001; 11/059.393/2001; 11/059.479/2001; 11/004.756/2002.

As contas bancárias onde teriam sido feitos os depósitos pela Petrobrás seriam, dentre outras: 06/000620-7 da agência 033 do Banco Rural/ 69105-4 da agência 3381-2 do Banco do

Brasil; 19816-1 da agência 2609-3 do Banco do Brasil; 29590-0 da agência 3153-4 do Banco do Brasil; 2022573-2 da agência 0144 do Banco Mercantil do Brasil S/A; 47346-4 da agência 0189-9 do banco Bradesco S/A; 24360-4 da agência 0078-7 do Banco do Brasil; 27025-6 da agência 0091 do Banco Itaú S/A; 2276-4 da agência 1277-7 do Banco Bradesco S/A; 01546581 da agência 85.859-90 da agência 0234 do Banco HSBC; 27023-1 da agência 0091 do Banco Itaú S/A; 561-X da agência 3496-7 do Banco do Brasil S/A.

No Id. 25330510, fls 6, consta relação dos CNPJ's, valores percebidos e respectivos processos a pretexto de ressarcimento. No Id. 25330513, fls. 7, noticiou-se que no Mandado de Segurança n.º 2003.03.00.02.4419-2 houve autorização para o Estado não repassar integralmente as informações requisitadas pelo MPF à época.

No id. 25330514, fls. 8 e ss, colheu-se o Termo de Depoimento do Sr. Antônio Norberto de Almeida Couto, no qual constou

[...] Que com relação as empresas revendedoras de insumos agropecuários, trata-se, em verdade, de transferência de créditos de ICMS, e não de ressarcimento às empresas indicadas nos referidos ofícios. Que com relação às empresas de construção civil era tecnicamente uma cessão de créditos (compra e venda); Que indagado a respeito da ciência do Estado de que a Petrobras possuía uma proibição normativa de aquisição de créditos conforme consta da Portaria n.º 0019/00 ... esclarece o declarante que não tinha conhecimento desta proibição ... Que as “escolhas” das empresas que tinham direito de efetuar as compensações de créditos com a Petrobras ... eram feitas pelas autoridades do Governo atual. Recaía ao Secretário da Receita a responsabilidade técnica. Que na época era o Secretário Paulo Duarte ... Que a Petrobras poderia tecnicamente recusar esta compra, porque a relação é de natureza privada, mas que o Governo do Estado intercedia perante a Petrobras para que esta operação se realizasse. Que não tem conhecimento da existência da possibilidade de haver deságio para alguma operação de negociações de crédito de ICMS.

Continuou:

[...] que foram observadas tais legislações [Decreto n.º 9.203/98 e Lei n.º 1.810/97] para a concessão de crédito ...tão somente os créditos [de ICMS] estavam inseridos no passivo do balanço do Estado. E que não tem conhecimento em relação ao empenho. Que segundo informações sabe que existia uma empresa que tinha inscrição estadual baixada. Que [os valores das transações do ICMS] entrou na conta do Estado como mutações do patrimônio líquido. Que não compensava para o Estado efetuar a contabilização na conta de Receitas Correntes, tendo sido realizada a contabilização dentro da conta mutações do patrimônio líquido e que a referida operação não foi contabilizada como receita do Estado, haja vista que teria que repassar parte dos recursos para os poderes (duodécimos) e para os Municípios. Tal contabilização foi realizada com base em parecer da Procuradoria Geral do Estado. Esclarece que como os créditos já foram repassados para os poderes e municípios, nada impediria o pagamento do ICMS pela Petrobras/compensação. ... Que nenhuma das dívidas que foram operacionalizadas constaram em precatório.

No Id. 25330514, fls. 10, acostou escritura pública de cessão de crédito entre a ENGE-CRUZ e a TSM – EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA.

No Id. 25330514, fls. 13, consta Ofício/SERC/GAB/Nº 081/02, de 4.4.02, direcionado ao Procurador-Geral do Estado, à época, Sr. Paulo Roberto Duarte, informando que o Parecer/PGE/Nº 062/01 – GAB/Nº 001/01

não contempla resposta ao questionamento desta Secretaria quanto à possibilidade de a compensação do crédito do sujeito passivo contra a Fazenda Pública ser feita no procedimento de apuração do crédito tributário, ou seja, no encontro do débito do imposto, decorrente da operação de saída ou da prestação realizada, com o crédito do imposto, pago na operação ou prestação antecedentes, realizado para a apuração do imposto devido (crédito tributário) ou de eventual saldo credor do contribuinte.

No Id. 25330514, fl. 15, a complementação agasalha pelo Parecer da PGE/MS se deu nos seguintes moldes

A Lei n. 1.810/93, no parágrafo único do seu art. 273, valendo-se dessa possibilidade matemática, incorporada no regime jurídico do referido imposto, estabelece que, “no caso do ICMS, a restituição deve ser feita, preferencialmente, em forma de crédito, para ser compensado como débito do mesmo imposto, nas condições estabelecidas no Regulamento”. [...] O objetivo da regra do art. 274 da referida Lei é possibilitar que o credor da Fazenda Pública, em havendo autorização do Secretário de Estado de Receita e Controle, utilize seus créditos para a quitação de seus débitos fiscais que porventura possua. [...] Conclui-se assim que é possível autorizar-se o sujeito passivo possuidor de crédito contra a Fazenda Pública, ainda que não decorrente de pedido de restituição de ICMS pago indevidamente, a “compensar”, na apuração do referido imposto, o valor do seu crédito com os débitos de ICMS de sua responsabilidade, extinguindo-se, com a efetivação dessa “compensação”, a obrigação da Fazenda Pública.

Incluem-se, nessa possibilidade, os créditos que o sujeito passivo possua contra as autarquias estaduais, vez que, na expressão “Fazenda Estadual”, contida no art. 274 da Lei n. 1.310, de 22 de dezembro de 1997, estão compreendidas essas entidades.

Mercê da fundamentação do artigo 1.017, 1.065 e 1.069, ambos do Código Civil de 1916 c/c os artigos 156, II, e 170, ambos do Código Tributário Nacional c/c artigos 273 e 274, do Código Tributário Estadual do Mato Grosso do Sul¹ c/c artigo 78 das Disposições Transitórias Constitucionais, contida na Emenda Constitucional n.º 30/2000, o Parecer versa

Com efeito, a autorizar-se a compensação de créditos tributários como regra geral, ocorreria o comprometimento da própria Administração, dada a necessidade veemente de recursos para arcar com as despesas existentes. [...] Observe-se que a previsão legal para a compensação não se restringe a créditos de mesma natureza. Implica dizer: qualquer crédito que possua o sujeito passivo contra o Estado pode ser compensado para fins de pagamento de tributos. [...] forçoso se concluir que a resposta a primeira parte do primeiro quesito (possibilidade de compensação de tributos) deverá ser, inexoravelmente, positiva. [...] A leitura do referido dispositivo poderia levar à conclusão de que os créditos referentes ao ICMS somente poderiam ser compensados com outros da mesma natureza, bem como de que tal somente seria possível em casos de restituição. Referido entendimento não merece prosperar por diversas razões. A primeira delas e pelo fato de que mesmo o parágrafo único do artigo 273, transcrito, utiliza-se da expressão preferencialmente, o que vale dizer que não se trata de um imperativo, mas sim

¹ Art. 274. O Secretário de Estado de Finanças, Orçamento e Planejamento pode, mediante despacho fundamentado, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Art. 273. A restituição deve ser feita mediante ordem do Secretário de Estado de Finanças, Orçamento e Planejamento, a quem compete conhecer dos respectivos pedidos. Parágrafo único - No caso de ICMS, a restituição deve ser feita, preferencialmente, em forma de crédito, para ser compensado com o débito no mesmo imposto, nas condições estabelecidas no Regulamento.

uma orientação de comportamento. [...] quando a lei não vedar expressamente a prática de um ato, deixando dúvidas quanto a seu real intento, especialmente na seara do direito tributário, e de utilizar-se do brocardo “*in dubio contra fiscum*”. [...] Pela leitura do artigo 170 do Código Tributário Nacional, não é possível extrair a conclusão de que a validade da compensação prescindia de créditos da mesma natureza, o que leva a concluir pela inexistência de referido pressuposto para a regularidade do negócio a ser entabulado entre a Administração e o sujeito passivo da obrigação tributária. Alguns questionamentos surgiram, sobre a necessidade dos créditos compensandos serem da mesma natureza, após a edição da Lei 8.383/91, que instituiu a Unidade Fiscal de Referência, estabelecendo em seu artigo 66 referida exigência. Todavia, tal não se aplica ao caso do parecer, haja vista que o diploma legal atinente a questão, Código Tributário Estadual, artigo 274, não faz qualquer menção neste sentido.

Na esteira do dantes sublinhado sobre a ordem dos precatórios (*prior in tempore, potior in jure*), o Parecer corrobora

Assim, é de concluir que não existe, no caso da compensação, ofensa ao artigo 100 da Constituição Federal, tendo em vista que os valores a serem utilizados para o encontro de contas não seriam os previstos no orçamento da respectiva entidade estatal, ou seja, não trariam prejuízo aos demais credores do Estado que se encontram na fila de espera de recebimento. [...] É de se concluir que a ordem cronológica de que trata o artigo 100 da Constituição Federal está adstrita aos pagamentos de precatórios que serão feitos com base em dotação orçamentária. [...] Levada a efeito a compensação de tributos, objeto do presente parecer, somente poderia se falar em preterição da ordem cronológica preconizada pelo artigo 100 da Constituição Federal caso fosse efetivado pagamento de credores do Estado em moeda corrente e, ainda, em desrespeito às previsões orçamentárias.

No Id. 25330520 - Pág. 9 em apreço, o termo de depoimento do Sr. Paulo Roberto Duarte, Secretário de Receita e Controle, reportou que

Que efetuou contatos formais com a Petrobras para solicitar o pedido de transferência de créditos, pois de acordo com a legislação e ato do Secretário de Receita e Controle. Compareceu junto à Petrobrás somente para negociar sobre o gás e sua tributação; Que, juntamente com o Governador, manteve contatos com o Sr. Delcídio do Amaral, funcionário da Petrobrás, atuando como Diretor de gás e energia. Que não conhece o Sr. Aparecido Dorival Caetano. O responsável pelo contato com a Petrobrás era o Sr. Adalto Monzano. Que o procedimento era pulverizado nas agências regionais da Secretaria de Receita e Controle. Que haviam muitas empresas que possuíam créditos de ICMS; Para apurar o crédito era necessário ser efetuado um processo administrativo ... Que em relação aos créditos de caráter financeiro, a legitimidade era efetuada pela AGESU que avaliava se a empresa tinha ou não direito nos créditos negociados; [...] a escolha da Petrobras por ser a maior contribuinte de ICMS do Estado, facilitando o controle das operações de ICMS; Que a manifestação solicitando a compensação seria a empresa detentora do crédito ... Que se as empresas desejassem poderiam negociar seus créditos com outras empresas dentro do Estado, sem necessariamente ter que negociar com a Petrobrás.

À guisa de conclusão, encerra fala no sentido de

Que o Estado apenas autorizava o pagamento era relação existente entre a empresa cedente do crédito e a Petrobrás; Que a autorização para compensação vinha da Secretaria de Receita e Controle. ... Que referente ao deságio provavelmente foi uma decisão política da Petrobrás

que mantinha um bom relacionamento com o Estado. Que o Estado tinha duas opções para decidir em relação a forma de realizar as compensações. Em apenas uma empresa que tivesse recolhimento suficiente para essas compensações ou pelas diversas empresas do Estado pulverizando a negociação dos créditos, optou-se pela primeira proposta por ser a mais racional em termos de controle. Que não tem conhecimento de vantagem financeira nenhuma para a Petrobras. Que o interesse da Petrobrás seria de manter um bom relacionamento com o Estado de Mato Grosso do Sul. ... Que o pagamento foi realizado por compensação, sendo que o desembolso foi realizado pela Petrobrás, portanto, não houve a contabilização no Estado ... Que está contabilizado no Balanço do Estado. Que a natureza do crédito do valor para o Estado não foi escriturada, somente a baixa no balanço e é retirado do passivo. Que é uma forma de extinção da obrigação do Estado, não sendo contabilizado como receita corrente. ... Que o entendimento do Estado é que pertence aos municípios 25% do ICMS arrecadado, quando há compensação de ICMS na verdade estes valores deixam de ser arrecadados e não podem ser repassados aos municípios, conforme preceitua a Constituição ... Que foram efetuados os procedimentos administrativos para apurar os créditos e que somente após estes trabalhos é que chegava até o depoente para autorizar a negociação [...]

Em outro diapasão, no Id. 25330520 - Pág. 13, com supedâneo no artigo 70 do Regulamento do ICMS, Decreto n.º 9.203/98, colheu-se o depoimento do Sr. José Ricardo Pereira Cabral, no qual enceta entendimento no sentido de

Que os contatos diretos eram realizados pelo fiscal de rendas Adalto Manzano, que trocava ofícios e encaminhava processos. A autorização para efetivação da transferência era autorizada pelo secretário de receita e controle da época Sr. Paulo Duarte ... Que as empresas que tinham saldo credor de ICMS ou créditos a receber com o Estado procuravam o Estado e realizavam seus requerimentos; O crédito de ICMS poderia ser negociado com qualquer empresa: Que o objetivo era incentivar a agropecuária para que os produtores viessem adquirir insumos com preços menores ... regra geral a empresa teria que estornar os créditos contudo, por lei Estadual, foi autorizado que as empresas mantivessem os saldos do ICMS em conta gráfica e negociassem com terceiros. Que existem os créditos financeiros referente a empresas construtoras, referente a obras realizadas no Estado. Que não estão registrados nos precatórios os valores compensados com o ICMS da Petrobras. Que os créditos da TSM foram adquiridos de uma empresa construtora em negociação normal entre as duas partes, sem nenhum vício em relação a empresa TSM ... Que a quase totalidade das dívidas eram dos Governos anteriores, sendo poucas as referentes a atual [à época] administração Que realmente tinha uma empresa que estava baixada, entretanto, o crédito foi pago para ela. Que não havia proibição do artigo acima mencionado. Como o pagamento do crédito de ICMS foi realizado para todas as empresas agropecuárias foi autorizado o pagamento para uma das empresas baixadas, não se recordando qual a empresa que recebeu O referido pagamento. Que referente a contabilização das transações sabe que os financeiros foram contabilizados, não sabendo informar referente aos créditos tributários. Que se trata de compensação que não tem natureza de receita para o Estado, não sendo contabilizado como tal. Que como não foi contabilizado como receita, não foram repassados duodécimos para os poderes e para os municípios ... Que em relação ao crédito financeiro, pagou-se uma dívida com um custo menor; que se fosse ser retirado do tesouro da fonte, teria que dividir o valor com os municípios e poderes, portanto, foi a melhor forma para o Estado baixar a dívida no balanço. Que existem as dívidas que teriam de ser pagas mais cedo ou mais tarde e com este procedimento o Estado foi beneficiado. ... que perguntado sobre a eventual participação do Sr. Delcídio Amaral nas negociações de ICMS, não tendo conhecimento se houve alguma negociação com o referido senhor na Petrobrás. Que atualmente não tem nenhum processo parecido atualmente com esta operação efetuada pela Petrobras e o Estado de Mato Grosso do Sul na cessão de créditos de ICMS; [...]

Por derradeiro, cumpre informar o depoimento do Sr. Adalto José Manzano nos seguintes moldes

[...] Que a Petrobrás poderia se negar a efetuar a operação, mas como houve uma consulta prévia com a Petrobrás, e a mesma nunca efetuou oposição para a aquisição dos créditos de ICMS; Que houve questionamento inicial sobre a legalidade das operações, sendo informado para a Petrobrás que tudo era legal ... Que toda a negociação era mantida com o Sr. Caetano da Petrobrás, responsável pela gerência de tributos da Petrobrás, setor que apurava o ICMS; Que haviam conversas sobre diversos assuntos, além da cessão de créditos, tratados na informalidade, relativos aos trabalhos de tributação ... Que se recorda que Delcídio foi diretor da Petrobras, desconhecendo qualquer ingerência do mesmo junto a Petrobras objetivando a negociação dos créditos e que nunca teve contato com o mesmo; ... Que perguntado sobre a contabilização dos recursos nos cofres do Estado não sabe informar, pois cuida apenas de receitas específicas do Estado ... Que não tinha poder para decidir sobre as negociações de crédito de ICMS, sendo a responsabilidade do Secretário de Receita e Controle Paulo Roberto Duarte. Respondido anteriormente, desconhece o sistema de contabilização ... Que na época não sabia; Que posteriormente ficou sabendo pela imprensa que havia uma empresa que estava com a inscrição baixada; Que perguntado sobre a possibilidade de uma empresa com a inscrição baixada poderia efetuar a compensação, declarou que se foi aprovado em estudo é porque existia amparo legal para a operação [...]

Em linha de princípio, a Petrobras S.A pagava diretamente às empresas credoras do Estado o valor integral dos ICMS's que devia ao Estado do Mato Grosso do Sul, em “compensações” de créditos financeiros com débitos fiscais, autorizadas pelo Estado, as quais não eram contabilizadas como receita corrente líquida, ocasionando prejuízos à união e Municípios no que tange à aplicação dos percentuais de saúde e educação e nas verbas de ICMS, respectivamente, e possível deságio em benefício da Petrobras S.A.

Nesse sentido, a ausência dos registros legais dos créditos cedidos teria por escopo impedir o repasse, pelo Estado, do valor alusivo 1/12 de 15% da sua Receita líquida Real à União, referente ao serviço da dívida, assim como de duodécimos dos poderes estaduais e repasses de 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS aos Municípios em contrariedade a Resolução SF n.º 69/98, a Lei n.º 9.496/97, a Lei n.º 8.727/93, a Lei n.º 4.320/64 e Lei Complementar n.º 101/2000. Tal procedimento seria limitado à Petrobras, sem extensão a outras empresas.

Sem embargo disso, também se cogitou de prejuízo à Petrobras na medida em que não auferiu créditos tributários para compensar com os débitos fiscais de ICMS, prática vedada expressamente pela Portaria interna ABAST-MEC/GECOMB-I000119/00, de 04/07/2000. Esse pagamento “por fora” ocorreu sem a devida retenção de imposto de renda e sem comunicação à Receita Federal em evasão fiscal.

Nesse desiderato, a negociação no interregno de 2001/2002/2003 alcançou a ordem de mais de R\$ 80.243.372,76 em operações com a criação de “caixa dois”. Inclusive, os Municípios do MS ingressaram, nos autos n.º 2003.012788-7, com ação de cobrança dos valores de ICMS.

Sobremaneira, o *Parquet* Federal alegou violação aos princípios da legalidade, da eficiência, da transparência, da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, do orçamento bruto, da gestão fiscal, do caixa único do Tesouro e o dever de prestar contas a todos os administrados com a “maquiagem” dos balanços do Estado com prejuízo a programas sociais.

Nesse desdobramento, o Ministério Público Federal relata que a conduta dos réus amolda-se ao artigo 10, *caput*, incisos I, II, VI, VII, X, XI e XII, e ao artigo 11, *caput*, incisos I, II e IV, da Lei n.º 8.429/92.

Depreendeu-se da integração à relação processual pela União, como assistente litisconsorcial, que o juízo, à época, encaminhou, com base no artigo 102, inciso I, alínea “f”, da Constituição Federal, o processo ao Supremo Tribunal Federal, baixada sob ação civil ordinária n.º 743 a fim de apurar possível conflito federativo.

Com efeito, a Min. Rosa Weber reconheceu a incompetência da Suprema Corte para o julgamento originário, e determinou a remessa dos autos à 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS, dado que

[...] os reflexos da não-contabilização do ICMS compensado como receita líquida real do Estado de Mato Grosso do Sul também não excede a esfera patrimonial, pois ainda que supostamente capaz de ocasionar pagamento a menor nos anos de 2001 a 2003, não resultou em tese diminuição real dos valores efetivamente devidos à União.

Sobreleva destacar que, no Id. 25343454, houve a redistribuição do feito da 3ª Vara Federal para a 4ª Vara Federal, dada a especialização.

Com amparo no Id. 25330522, p 20, o Governo do Estado de Mato Grosso do Sul alegou, com base no artigo 156, § 2º, II, b, da Constituição Federal, combinado com o artigo 29, § 1º, III, do Anexo I, ao Regulamento do ICMS, e a Lei n.º 1.810/97, que “os contribuintes não realizam operações tributadas em quantidade suficiente para absorver os créditos de ICMS resultantes da manutenção do crédito”, e “com o objetivo de incentivar a produção agropecuária no seu território, o Estado de Mato Grosso do Sul, autorizado pelo CONFAZ (Convênios ICMS n.º 36/92 e 100/97, concedeu a isenção do ICMS nas operações internas com insumos agropecuários”.

E arremata:

Na referida relação não se mencionaram os valores das citadas operações, de forma individualizada, por estarem vinculados a negócios ocorridos entres as empresas transmitentes dos respectivos créditos e a empresa destinatária, circunstância que nos impede de divulgá-los, em face do dever de sigilo que, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, e do art. 198 do CTN, se impõe à Fazenda Pública e aos seus servidores, e que foi objeto do Parecer PGE n. 0261200] (Processo n. 15/000503/2001), publicado Diário Oficial do Estado de 6 de julho de 2001, e, também, de decisão judicial, em medida liminar, no Mandado de Segurança n. 2002.01.00.027845-3/DF (cópia anexa) impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da la Região. Aliás, lembramos que esses valores já são do conhecimento desse órgão, conforme se verifica no Ofício que ora se responde ... o encontro do valor do crédito do sujeito passivo contra a Fazenda Pública dá-se com o débito de ICMS, no momento da sua apuração, resultando para o sujeito passivo, como imposto a recolher, resultante da apuração, apenas a diferença, a qual, uma vez recolhida, caracteriza produto de arrecadação. E esta é justificativa porque também não houve repasses para os Municípios ...

Ou seja, essa modalidade permitiu a redução do passivo do Estado sem que o valor do débito de ICMS utilizado no processo fosse convertido em produto de arrecadação, que é utilizado para o cálculo do valor de algumas de suas obrigações. Não servindo o débito de ICMS utilizado na compensação ao cálculo dessas parcelas, esse procedimento resulta em vantagem para o Estado, na medida em que implica a elevação da sua capacidade financeira. Esse procedimento assemelha-se ao adotado pela União relativamente ao Imposto de Renda e IPI- As destinações pecuniárias - abatíveis do IR - para incentivo das atividades Culturais, Artísticas e Audiovisuais (Leis n. 8.313/91, art. 26, e Lei n. 8.695/93, art. 1º); para o Fundo de Amparo à Criança e ao Adolescente (Lei n. 8.069/90); para os Programas de Desenvolvimento Tecnológico

Industrial (PDTI) e Agropecuário (PDTA) - Dec.-Lei n. 2.433/88, art. 6º, II, programas em que as contribuições são também abatíveis do IPI), bem como destinações para os Programas de Alimentação do Trabalhador (Lei n. 6.321/06, art. 1º), e cujas destinações e seus posteriores abatimentos dos débitos de IR e IPI ocasionam, no campo da União, alterações negativas nas bases de cálculo do Fundef, dos Fundos de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Dívida Pública da União, bem como no cálculo dos repasses de recursos para os Poderes Legislativos e Judiciário e para os outros destinatários constitucionais. [...]

Outrossim, coligiu as sociedades empresariais beneficiadas e os respectivos processos no ID. 25330522, p 27/28, o teor do Mandado de Segurança n.º 2002.01.00.027845-3/DF (Id. 25333071, p. 20 e ss.) em que relatou que fugiria à atribuição do MPF na medida em que, insculpido no artigo 125 da Constituição Federal, aos Estado competiria a disciplina de GLP, notadamente os advindos da Bolívia ao MS.

De seu turno, a Petrobras respondeu o Ofício dirigido ao então Presidente José Eduardo Dutra, contendo (i) cópias dos comprovantes dos depósitos efetuados nas contas correntes das empresas; (ii) ofícios de encaminhamento da Secretaria de Estado de Receita e Controle do Governo do Estado do Mato Grosso do Sul; (iii) notas fiscais (Id. 25330530, p. 5 e ss).

Falência da empresa ENGECRUZ comunicada Id. 25332006, p. 18, bem como feita a juntada dos contratos sociais daquela e da TSM – Empreendimentos imobiliários Ltda.

No id. 25332012, p. 15 e ss., o Sr. Aparecido Dorival Caetano prestou depoimento nos seguintes termos:

O depoente declara que não efetuou nenhum contato com as empresas acima citadas. Acrescenta ainda que o pedido de ressarcimento de ICMS é volumoso e que além dos 7 Estados citados, a Petrobras atua como substituta tributária, fazendo repasses para outros 12 Estados ... Que não tinha contato com as empresas, entretanto, recebia ofício da Secretaria de Receita e Controle assinados pelo gestor de substituição tributária da Secretaria de Receita e Controle e com o visto de acordo do secretário de Receita e Controle da época, Sr. Paulo Duarte, sendo o Ofício encaminhado em nome do depoente. Que o endereço constante dos ofícios, como sendo de Corumbá, por conta de se tratar de um documento fiscal, contudo, postavam o referido Ofício endereçando-o para São Paulo. A afirmativa dos servidores do Estado de Mato Grosso do Sul não corresponde a verdade, posto que o depoente nunca efetuou contato com as empresas que foram pagas diretamente da Petrobras ... que o Sr. Adalto compareceu em São Paulo para conversar diretamente com o depoente, não sabendo informar no número de vezes, entretanto, que foram diversos os contatos pessoais ... Que a Secretaria de fazenda é que exerce o poder de fiscalização, sendo que não fiscalizam se as empresas tem ou não os créditos ou se as mesmas são contribuintes do ICMS ... perguntado pelo Promotor Sotoriva sobre repasses de lama asfáltica e combustível. o depoente desconhece por não ser de sua alçada. podendo ser da BR DISTRIBUIDORA ou outra diretoria. O valor que vinha citado no ofício era o valor lançado no livro de apuração, não havendo nenhum deságio. Perguntado sobre a diferença sobre a aquisição de créditos de ICMS e ressarcimento de ICMS, o mesmo informou que na primeira operação a Petrobras e a empresa efetuavam contrato, com objetivo de obter deságio. com parecer da procuradoria da Petrobrás ... Que nunca houve ingerência interna, sendo o responsável direto pelo atendimento dos pedidos ... que em outras unidades da federação não são pagas empresas construtoras e prestadoras de serviços ... Que a forma de atuação é semelhante em outros Estados: pagamento de embarcações pesqueiras, consumidor final, ordens judiciais, autorização de depósitos bancários para postos de gasolina, sendo que os registros são realizados da mesma forma anunciada anteriormente. Shell Gás L-pg. Brasil- f. 47d; Simarelli - f. 477; Que no caso específico as autorizações foram efetuadas na

própria nota fiscal emitida pela empresa ressarcida, com base no convênio 3/99, que apenas tem a assinatura do Sr. Adalto, não havendo necessidade do Secretário de Receita e Controle ... Que o pagamento não é feito pela gerência do qual o depoente é responsável, que a forma de pagar é definido pela gerência financeira da Petrobras [...]

Mais a mais, o Governo colacionou aos autos nova relação de empresas retificada (Id. 25332024, p.17 e ss.). Ofício do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (Id. 25332025, p. 7 e ss.), bem como a Recomendação n.º 005/2003/31ª PJPPSF (mesmo ID anterior, p. 23 e ss.). Ofício da Delegacia da Receita Federal (mesmo Id, p. 28 e ss.) sobre a SACHO AGRÍCOLA Ltda, PRODUFERTIL e AGIP (Id. 25332029, p. 6 e ss.) e comunicação do MS (Ids. 25332025 e 25332028) sobre a recomendação suscitada.

Com efeito, Instrução Normativa SRF n.º 3/2001 (Id. 25332033) sobre retenção de imposto de renda e Instrução Normativa SRF/STN/SFC n.º 23/2001 (mesmo Id anterior, p. 19). Relatório Preliminar do MPMS (mesmo Id, p. 25 e ss e Id. 25332035).

De outro norte, o MPF aditou a petição inicial (Id. 25332040, p. 10) requerendo, *inaudita altera pars*, a quebra do sigilo bancário (Com Ofício ao BACEN, com extratos do período de janeiro/2000 a 2003 dos réus; e janeiro/2003 a agosto/2003 do réu Ruiter Cunha de Oliveira), fiscal (com Ofício à Receita Federal, requerendo o IRPF dos anos base 2000 a 2003 dos réus; de 2002 a 2003, do réu Ruiter Cunha de Oliveira), assim como reitera a indisponibilidade e bloqueio de bens e ativos financeiros, encaminhando ofício aos cartórios de registro de imóveis existentes no Estado do Mato Grosso do Sul, ao Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul, ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, ao Banco Central, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras para a verificação de imóveis, veículos, depósitos bancários e aplicações financeiras no exterior e no Brasil

Em 47 (quarenta e sete) laudas, o MS juntou manifestação, no ID. 25332350, p. 3 e ss., no sentido (i) da ilegitimidade do MPF, diante do artigo 129, III, IX, c/c art. 131, todos da Lei Maior, haja vista veicular interesse patrimonial individualizado e determinado da União e incumbe à Procuradoria da Fazenda Nacional zelar pelas finanças públicas; (ii) incompetência do juízo federal, à luz do artigo 102, I, f, da CFRB; (iii) inadequação da via eleita, com base no art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 7.347/85 por envolver tributo; (iv) que eventual condenação reverteria valores ao Fundo de Direitos Difusos e não à União; (v) ausência de interesse processual por inexistência de objeto, pois os valores objeto da compensação não lhe pertencem, logo não integram a propriedade e não se submetem ao regime público, saindo do conceito de patrimônio público; (vi) o MPE arquivou o Inquérito civil n.º 21/2003; (vii) incompetência do juízo *ratione personae*, dado o foro privilegiado dos réus apontados na forma do artigo 114, II, a, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul e com base no artigo 84 do Código de Processo Penal; (viii) impossibilidade de cumulação de ações, na medida em que apenas uma permite o termo de ajustamento de conduta, questão de rito e a transação; (ix) inépcia da inicial, pois dos fatos não decorrem os pedidos, e o *bis in idem* dos pedidos 5 e 7, uma vez que das 69 (sessenta e nove) laudas da exordial não se fundamentou o pleito de compensação dos valores cobrados com os importes que a União tenha que repassar ao Estado a título de Fundo de Participação dos Estados, daí advém a contradição de pedir a contabilização e repasse das verbas com a reposição do “dano causado”; (x) da invasão da esfera de atuação do Ministério Público Estadual, porquanto “se não houve pagamento total da parcela relativa ao serviço da dívida pública, o ‘prejuízo’ é do Estado, cuja dívida continuará a ser corrigida, aumentando o *quantum* final”, somada à unidade do Ministério Público; (xi) da ausência de necessidade/utilidade dos pedidos 3,5 e 6, porque há termo de ajustamento de

conduta assinado com o MPE e fiscalização do Tribunal de Contas; (xii) “o legislador estadual entendeu por bem permitir a manutenção dos créditos relativos às operações anteriores ainda que as posteriores sejam isentas ou não tributadas, editando a Lei n. 1.993/99”, “por motivo de política econômica e fazendária fiscal”, com “exceção à regra consubstanciada no art. 155, § 2, II, da CFRB; (xiii) Legalidade (Lei n.º 1.993/99) e regulamentação, com autorização para a “manutenção de créditos relativos a ICMS ainda que as operações posteriores sejam isentas ou não tributadas, rechaçando a necessidade de estorno destes”; (xiv) houve cessão de crédito da Engecruz para a TSM, por Escritura Pública de Cessão de Crédito, de sorte que irrelevante a sua inscrição estadual estar baixada para o requerimento da compensação; (xv) que o regime de precatório está afeto às decisões judiciais, e os créditos compensados não estavam inscritos em precatórios; (xvi) o procedimento utilizado pelo MS segue as deduções dadas pela União à vista de critérios culturais e artísticos, como a exemplos das Leis n.º 8.313/91, 9.249/95, 9.430/96, 9.532/97, 9.874/99, 8.686/93, 9.323/96, 9.430/96, 8.242/91, 8.981/95, 9.249/95, 9.065/95, 9.250/95 e Decreto n.º 3.000/99; (xvii) ausência de prejuízo à União, ao Estado, aos Municípios, aos Poderes, pois efetua todos os descontos e, com base no valor apurado após estas deduções, é que se realizam os repasses de duodécimos; (xviii) a Petrobras S.A. adquiriu créditos da União, teor da Portaria ABAST-MEC/GECOMB-I000119/00/2000; (xix) inexistência de declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais e do parecer em que lastreadas as operações; (xx) o afastamento se revela desnecessário, porquanto os réus colaboraram com as investigações, inclusive, com depoimentos, resguardando os documentos protegidos pela liminar em MS; e (xxi) houve contabilização das compensações, já que “os valores envolvidos nas operações foram baixados nas contas passivas do Estado”.

Reportagens colacionadas (Id. 25333056, p 21 e 25333059, p 1/2). Arquivamento (Id. 25333073, p. 1 e ss.), Inquérito Civil n. 012/2003 (Id. 25333076, p. 9 e ss) e acordo com MPE (Id. 25333071, p. 28 e ss) em que constou na cláusula segunda:

A SECRETARIA, visando à efetiva atuação respaldada na responsabilidade pela gestão fiscal, compromete-se a registrar e classificar como receita corrente líquida, sob as rubricas próprias, todas as receitas efetivamente arrecadas provenientes de tributos de competência do Estado, especialmente do ICMS, inclusive as que forem objeto de compensação com crédito do sujeito passivo contra a Fazenda Pública, ainda que não previstas no Orçamento, ocorridas a partir da celebração deste instrumento, na forma disposta no art. 57 da Lei (Federal) nº 4.320 de 1964 e no art. 11 da Lei Complementar (Federal) nº 101 de 200 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Vazado no artigo 17, § 7º, da Lei n.º 8.429/92, os réus José Ricardo Pereira Cabral, Antônio Noberto de Almeida Couto, Paulo Roberto Duarte, Adalto José Manzano, Ruitier Cunha de Oliveira e Vicente Hiroyuky Yassunaka (Id. 25333080, p. 2 e ss) apresentam manifestação.

Com novas matizes, em 77 (setenta e sete) laudas, alegaram: (i) inépcia da inicial, diante da cumulação conjuntiva de pedidos incompatíveis e antagônicos; (ii) inépcia por ausência de indicação clara e precisa dos supostos preceitos legais violados, e ausência de causa de pedir em falta de tipicidade, dada a natureza híbrida da ação; (iii) carência de ação por ausência de utilidade e necessidade em relação ao comando futuro de contabilização²; (iv) carência de

2 Transcrevo: “Ora, este pedido chega às raízes do inimaginário: uma sentença que condene uma parte a, genérica e abstratamente, *obedecer a lei* ??A lei – qualquer que seja sua natureza ou hierarquia, não necessita de uma sentença para tornar-se exigível, ou para transmutar-se em comando *que deva ser observado*.[...] No caso vertente, a Lei n.º 4.320/64 e a Lei Complementar 101/2000 são de observância e cumprimento *obrigatórios*, portanto, de nenhuma necessidade/utilidade

ação, por ser objeto próprio e específico de ação popular, lançando mão de via inadequada, por tutelar os 15% das receitas não contabilizadas (que não seria interesse difuso ou coletivo); (v) carência de ação por ilegitimidade ativa do MPF; (vi) impossibilidade de cumulação das ações coletivas por ritos e procedimentos distintos e incompatíveis; (vi) ilegitimidade por ser da esfera de atuação do MPE, tendo tido esgotamento das esferas investigativas e punitivas³; (vii) incompetência do juízo com o advento da Lei n.º 10.628/2002 e juízo natural; (viii) ilegitimidade passiva dos réus Antônio Norberto de Almeida Couto, Ruteir Cunha de Oliveira, Vicente Hiroyuki Yassunaka e Adalto José Manzano, porquanto os atos imputados são de competência exclusiva do Secretário de Estado de Receita e Controle, por força do artigo 274 do Código Tributário Estadual, sendo meros atos de impulsionamentos de processos sem cunho decisório; (ix) prejudicial de mérito: da inconstitucionalidade formal e material da Lei de Improbidade Administrativa dado seu caráter federal, desobediência ao sistema bicameral e pelo acréscimo de penalidades à revelia do artigo 37, § 4º da CFRB.

No mérito: (i) ausência de dolo; (ii) inexistência de má-fé, desonestidade ou imoralidade pelos réus, que se basearam em um entendimento sobre a matéria, a partir de legislação, pareceres e estudos; (iii) o MPF não indicou precisamente em qual dispositivo se enquadra a conduta dos réus; (iv) improcedência do pedido de indisponibilidade dos bens dos réus em desatenção ao direito à propriedade e ao pedido de compensação da aludida dívida; (v) descabimento do bloqueio de bens e do afastamento dos servidores⁴, dada a excepcionalidade da medida; (vi) licitude das operações noticiadas e regularidade das compensações com respaldo no artigo 68, § 8º do Regulamento do ICMS c/c artigo 76, § 1º da Lei n.º 1.810/97.

Noutro manuseio, também com espeque no artigo 274 da Lei n.º 1.810/97, no artigo 2º, I, b, e artigo 8º, V, ambos da Lei n.º 1.993/99, em 49 (quarenta e nove) laudas, acostou-se aos autos parecer, emitido por Paulo de Barros Carvalho, Titular de Direito Tributário da PUC/SP e da USP (Id. 25333351, p.3 e ss *usque* Id. 25333352, p. 24).

Em síntese, afirmou que, em relação aos créditos decorrentes de contrato administrativo, que “inexiste preceito da Constituição que o vede. Trata-se de matéria deixada a cargo do legislador de cada pessoa política” e “o fato de crédito do contribuinte decorrer de norma diversa daquela que faz nascer o crédito do Fisco não pode ser empecilho à realização do controle de contas”, dada a “autonomia entre os ‘créditos’ e ‘débitos’ objeto de compensação, e havendo previsão legal que autorize [...]”.

Atinente à cessão de créditos, destacou que “(o) Código Tributário Nacional, por sua vez, também não impõe restrição alguma a essa espécie de procedimento, deixando a cargo do legislador de cada pessoa política disciplinar o assunto. Do exposto, concluo ser lícito ao credor do Estado de Mato Grosso do Sul transferir seus créditos a terceiros, sejam eles de natureza tributária ou contratual: (i) os créditos são regulados pelo Direito Civil, que não impõe vedação alguma à cessão na hipótese do devedor ser a Fazenda Pública; (ii) a cessão dos créditos de ICMS, além de não vedados pela legislação complementar, é expressamente autorizado pela Lei Estadual n.º 1.993/99.”

o pedido em análise;”.

3 Transcrevo: “[...] a SERC/MS jamais concordou com o entendimento segundo o qual haveria uma hipotética, suposta e divagante irregularidade nas compensações de créditos de ICMS. Pelo contrário, cuidou (a SERC/MS) de consignar sua discordância, ao mesmo tempo em que, por motivos estritamente políticos, e não técnicos nem jurídicos, assentiu com a sugestão formulada pelo r. órgão ministerial sul-mato-grossense”.

4 Transcrevo: “[...] O que se perquire é somente isso: a contabilização realizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul foi correta? Se sim, a ação é improcedente. Se não, a ação será procedente, e surgirá crédito em favor da União Federal, que o compensará com dívida proveniente do repasse do FPE.”

Em detalhes, ressaltou:

Sendo a não-cumulatividade um princípio constitucional, sua amplitude somente poderá ser contida por enunciados previstos no próprio Texto Supremo. E este determina que apenas nos casos de isenção ou não-incidência do ICMS sobre a operação relativa a circulação de mercadoria ou serviço, não será esta geradora do direito ao crédito. Só as operações dessa natureza que se encontrarem fora do campo de incidência da regra-matriz do imposto estadual, em princípio, não ensejarão a incidência da regra-matriz do direito ao crédito. Em todas as demais operações relativas à circulação de mercadorias ou serviços, que possam ser subsumidas à hipótese de percussão do tributo, haverá nascimento de crédito. Ainda assim, mesmo no caso de isenções e não-incidência, o constituinte outorgou, explicitamente, competência para o Poder Público recuperar a integridade do magno princípio da não-cumulatividade, na medida em que inseriu a cláusula “salvo determinação em contrário do legislador” (art. 155, § 2º, II). Com isso, esta autorizado o legislador infraconstitucional a fazer valer o princípio da não-cumulatividade mesmo em operações que se encontrarem fora do campo de incidência da regra-matriz do ICMS [...] O Estado de Mato Grosso do Sul, autorizado pelo Convenio ICMS nº 100/97, concedeu isenção do ICMS nas operações internas com insumos agropecuários destinados a agropecuaristas (art. 29 do Anexo I ao Regulamento ICMS). Essa situação, via de regra, inviabilizaria o surgimento do direito ao crédito correspondente às operações isentas. Entretanto, fundado na autorização constitucional referida no art. 155, § 2º, II, o legislador estadual determinou que o Poder Executivo poderia permitir a manutenção do crédito pelas cooperativas, nas vendas para os seus associados, e pelas empresas executantes de atividades integradas, nas áreas de avicultura e de suinocultura (art. 74 da Lei nº 1.810/97). E, ao editar a Lei nº 1.993/99, repetiu a autorização relativa à manutenção de créditos do ICMS originados de entrada de insumos agropecuários (art. 8º, VIII).

E, em arremate, acrescentou que

É o que se verifica no caso submetido à minha apreciação. Diversos contribuintes, impossibilitados de compensar seus créditos de ICMS em virtude da insuficiência de débitos tributários estaduais, transferiram para a Petrobrás [...] Uma distinção, entretanto, deve ficar bem clara: extinção da obrigação tributária não implica, necessariamente, o surgimento de relações de natureza financeira. Havendo pagamento, o desaparecimento do liame tributário dará ensejo ao nascimento de relações revestidas de natureza financeira, posto que o objeto prestacional passará a integrar o patrimônio da pessoa jurídica de direito público, vindo a fazer parte da atividade financeira do Estado. O mesmo não ocorre nas hipóteses em que o vínculo é desfeito sem que haja o correspondente ingresso de recursos para a Fazenda Pública: é o que se verifica nas hipóteses de compensação, remissão, prescrição, decadência, decisão administrativa irreformável e decisão judicial transitada em julgado. [...] inexistente, nessa hipótese, ingresso de receita pública, não havendo que se falar em contabilização, como receita corrente líquida, dos valores correspondentes ao crédito tributário extinto. [...] Logo, só é susceptível de contabilização como “receita corrente” o quantum da efetiva arrecadação tributária, quer dizer, o conteúdo monetário que ingressou nos cofres públicos, com consequente aumento do ativo da pessoa política. [...] Na hipótese relatada pelo Consulente, porém, não se verificou arrecadação alguma, inexistindo receita a ser contabilizada. Por essa razão, inconcebível, cogitar-se de violação ao princípio da unidade. [...] Houve crédito tributário, e não receita (arrecadação), tornando-se descabida cogitar-se de sua afetação. [...] Por conseguinte, quando não houver ingresso... em caixa, porque efetuada compensação, incabível qualquer exigência relativa a transferências. [...] Eventual redução nas parcelas mensais não implica redução da dívida, que será amortizada de forma proporcional ao valor repassado à União, permanecendo o Estado obrigado ao pagamento integral do saldo devedor.

Por sua vez, com arrimo em 24 (vinte e quatro) laudas, a Petróleo Brasileiro S.A. apresentou CONTESTAÇÃO (Id. 25334281, p. 3 *usque* Id. 25334284, p. 3).

Em suma, alegou que (i) suspensão processual para notificação dos requeridos; (ii) ilegitimidade passiva da Petrobras diante da presunção de legitimidade dos atos administrativos de império, fé pública, atos estes impostos de forma direta pelos agentes públicos estatais; (iii) da competência do Supremo Tribunal Federal; (iv) no mérito, inexistência de responsabilidade diante da figura do mandato; (v) inexistência de dano indenizável por parte da contestante, face ao *bis in idem* dos pedidos 2 e 5 e de seu caráter dúplice, sendo inepto; (vi) aplicabilidade do acordo de leniência preconizado na Lei n. 8.884/94; (vii) a Portaria ABAST-MEC/GECOMB, I, 000119/00, de 04 de julho de 2000 “trata de transferência de créditos, enquanto que no caso em tela, houve sim, descontos de ICMS para posterior ressarcimento às empresas indicadas pelo Estado de Mato Grosso do Sul”; (viii) aduziu que “se o deságio significa prejuízo, este (o prejuízo) a Empresa que ora contesta, não o sofreu, pois, anteriormente, foi feito o desconto do valor a ser recolhido ao Fisco estatal, na mesma proporção em que estava autorizada a creditar às empresas credoras do Estado de Mato Grosso do Sul”; (ix) pedidos de arquivamento solicitados pelo TCE e pelo MPE; (x) o MPF não individualiza a conduta da Petrobras em afronta à legalidade.

Na petição em testilha, em 37 (trinta e sete) laudas, o réu Aparecido Dorival Caetano (Id. 25334289, p.14 *usque* Id. 25334296, p. 2) apresentou manifestação prévia.

Ventilou: (i) não há que se cogitar de manifestação de vontade da Petrobras que se limitou a cumprir determinações estaduais, razão pela qual não houve operação de aquisição de créditos; (ii) não houve transferência de créditos nem contato do réu com as empresas em questão; (iii) estrito cumprimento da ordem estatal; (iv) não incumbe ao réu a realização de qualquer juízo de valor sobre o ato administrativo de lavra da Secretaria da Receita do Estado, dada a imperatividade dos atos administrativos sem auferir qualquer benefício pessoal; (v) o MPF especula em relação a suposto deságio praticado pela Petrobras; (vi) comunicação mensal do réu, por intermédio de documentos internos, à cúpula da Petrobras e aos órgãos superiores sem advertências; (vii) o réu é impingido pelo regime publicista de hierarquia e submissão aos comandos exarados por superiores, retirando-lhe qualquer discricionariedade; (viii) “não estava envolvido pessoalmente, sequer tinha conhecimento, de nenhum ‘esquema para formação de Caixa Dois’, em favor de campanha eleitoral”; (ix) “não havia qualquer deságio ou desvio de verbas, nem mesmo superfaturamento no momento da compensação de crédito de ICMS”; (x) inexistência de dolo/culpa, antijuridicidade/ilegalidade; (xi) desproporção da medida de indisponibilidade de bens; (xii) competência do STF; e, por derradeiro, levantou a questão do (xiii) litisconsórcio passivo necessário com as empresas beneficiárias com o “esquema” alegado, mesmo sendo supostas “co-autoras” de “caixa 2” na forma do artigo 3º, da LIA, pedindo a notificação das empresas supostamente favorecidas.

Relatou, outrossim, que

- (i) não se discute que a Petrobras adimpliu com sua obrigação tributária e pagou o ICMS devido ao Estado do Mato Grosso do Sul;
- (ii) não se questiona a existência de Lei Estadual e de Parecer da Procuradoria Geral do próprio Estado que autorizavam, que o Estado do Mato Grosso do Sul determinassem à Petrobras que fosse pago o ICMS, abatendo o valor relativo destes créditos a terceiros;
- (iii) não se discute que o corrêu. APARECIDO DORIVAL CAETANO apenas deu cumprimento às determinações estatais oriundas de ofícios expedidos pelo Sr. Secretário Estadual de Receita e Controle, em regular procedimento administrativo;

(iv) não se discute que a mesma questão versada nestes autos, FOI ARQUIVADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL [...];

(v) não ser questiona que o corréu Aparecido Dorival não tem qualquer responsabilidade pela falta de contabilização pelo Estado do Mato Grosso do Sul, referente à receita oriunda do pagamento de ICMS feito pela Petrobrás, através do ressarcimento de créditos fiscais e financeiros a empresas determinadas pelo Sr. Secretário Estadual de Receita e Controle;

(vi) não se questiona, por derradeiro, a inexistência de qualquer conduta, dolosa ou culposa, do corréu Aparecido Dorival Caetano, que pudesse ter ensejado prejuízo ao erário ou violação aos princípios norteadores da administração pública.

Entre outros documentos, colacionou (i) cópias (por amostragem) de ofícios de outros Estados da Federação determinando o cumprimento da operação de ressarcimento de crédito (Id. 25334452, p. 14 e ss); e (ii) cópia (por amostragem) de ofícios judiciais determinando o ressarcimento de créditos (Id. 25334452, p. 23 e ss).

Insta consignar que os fólios restaram conclusos com respostas prévias apresentadas (Id. 25333352, p. 25).

Ato contínuo, houve a intimação da União para integração da lide (Id. 25333355, p.6).

Manifestação do MPF (Id. 25334461, p. 3 e ss), afirmando que a ação *in casu* em nada afeta o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, e sim lide meramente patrimonial que não coloca em xeque o pacto federativo.

Sublinham que “o objeto da presente Ação Civil Pública c/c Improbidade Administrativa consiste: (a) na condenação dos agentes públicos ímprobos nas penas do art. 12 da Lei Federal n.º 8.429/92 e (b) no ressarcimento dos prejuízos causados à União, aos Municípios sul-mato-grossenses e à população em geral, haja vista que o Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio dos demandados, deixou de contabilizar, como Receita Corrente Líquida, a receita de ICMS proveniente da PETROBRAS”.

Reconhecida a incompetência pelo juiz federal substituto Sergio Henrique Bonachela (Id. 25334461, p. 7) com remessa ao STF.

O recebimento, a revisão, a autuação, e o processamento até o seu retorno a este juízo no STF restam descritos dos Ids. 25334461, p. 8 até

No procedimento na Suprema Corte, os réus (Id. 25334461, p 17 e ss e Id. 25336314, p. 5 e Id. 25337382, p 18 e ss) apresentaram petição. Inclusive, o Estado do MS apresentou petições (Id. 25336801, p. 32 e ss). Já, o MPF (Id. 25334461, p. 33 e ss e Id. 25334462, p. 21 e Id. 25334467, p. 12 e ss e Id. 25336813, p. 44) se manifestou juntamente com a União (Id. 25334462, p. 13 e ss e Id. 25334465, p. 11 e Id. 25336336, p. 18).

Acórdão declinando a competência do STF ao primeiro grau de jurisdição, de Relatoria da Min. Rosa Weber (Id. 25337374, p. 29/30 até Id. 25337382, p.12).

Decretação do sigilo dos autos (Id. 25336818, p. 3).

Delegado da DRF de Dourados, à época, sobre a inexistência de ilícitos tributários atinente à Taurus (Id. 25334462, p. 25 e ss).

Ação de Indenização de danos morais proposta por Antônio Norberto de Almeida Couto em face da União e Sr. Alberto Magno Ribeiro Vargas (Id. 25336314, p. 19 e ss).

Já, com respaldo no Id. 25673097, a Petrobras colacionou documentos de procuração.

No caso vertente, o MPF se manifestou pela incompetência da justiça federal, uma vez

que afastada a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do conflito federativo (Num. 25735321 - Pág. 1). Nesse passo, ventilou que o objeto cinge-se às compensações irregulares sob autorização do Estado de Mato Grosso do Sul, e não, diretamente, falsidade no recolhimento de imposto de renda, e que inexistente dano ao erário frente à dívida pública do Estado que permaneceu íntegra. No ver do órgão, não há razão jurídica para albergar a intervenção da União como assistente do MPF, por veicular mero interesse econômico. No ponto, requereu a (i) exclusão da União da relação jurídica processual; (ii) a remessa dos autos à Justiça estadual.

Em sequência, no Id. 25776684 e 25776685, Antônio Norberto de Almeida Couto ventitou a legalidade e constitucionalidade das operações de compensação de créditos, bem como a ausência de prejuízo à União.

Para tanto, citou: (i) Parecer PGE/n. 62/01, emitido no Processo n. 215/000815/2001, pelo Procurador-Geral do Estado, à época, Wilson Vieira Loubet; (ii) Decisão n.º 00/0036/2003, no Processo n.º 06893/2003 perante o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, com voto do Conselheiro Osmar Ferreira Dutra pela legalidade da compensação; (iii) pela promoção de arquivamento dos autos do inquérito civil n.º 12/2003, promovidos pelo titular da 31ª Promotoria de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e Social e Fundações, Marcos Antônio Martins Sottoriva, com homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, por “ausência de prejuízo aos cofres públicos e pela legalidade das operações realizadas”; (iv) Parecer do professor Paulo de Barros Carvalho, solicitado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, sobre as operações objeto da presente ação; (v) Parecer n.º 685/2005, da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, dispondo, de acordo com a Res. SF n.º 69/98, “não há nenhuma sanção a ser imposta ao Estado de Mato Grosso do Sul”; (vi) Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul na Ação de Cobrança dos Municípios, feito n.º 2003.012788-7, no qual o Desembargador Paschoal Carmello Leandro consignou que as compensações realizadas possuem guarida constitucional e legal; (vii) Manifestação do Procurador-Geral da República, à época, Antônio Fernando de Souza, Roberto Monteiro Gurgel e Rodrigo Janot Monteiro de Barros no sentido de que o consolidado da dívida está fixado no corpo da Resolução e que as penalidades pecuniárias incidentes evitariam que a União fosse prejudicada, de concordância da União a PGR, e, por fim, e respectivamente, de os reflexos na receita do Estado não alteram o valor integral a ser repassado à União a título de dívida refinanciada, “ainda que tenha havido alteração no valor de repasse mensal esperado”; (viii) Manifestação do Advogado-Geral Substituto, à época, Evandro Costa Gama, pedindo a desconsideração das manifestações anteriores da União e aderindo ao parecer da PGR; (ix) ausência absoluta de provas, indícios da prática de atos de improbidade administrativa e de individualização da conduta, com a consecutiva ilegitimidade passiva *ad causam* do réu em questão.

A outro giro, Rodrigo Janot, em seu parecer, destacou que

a ilegalidade parece estar na conjugação da ausência de declaração da renda auferida pelas empresas envolvidas na operação, credoras do Estado, que transferiram seus créditos à Petrobras e, na falta de retenção dos tributos pela estatal. Ainda que se considere ilegítimas a compensação e a falta de contabilização – mérito da demanda –, não se pode atribuir ao Estado de Mato Grosso do Sul a irregularidade quanto ao não recolhimento de tributos. A relação conflituosa, no ponto, se dá entre a União, de um lado, e as empresas devedoras e a Petrobras que seria responsável pela não retenção dos tributos, de outro.

Já, em relação aos elementos de convicção, a defesa técnica sublinhou que Antonio Norberto de Almeida Couto NÃO (i) elaborou qualquer planilha de valores, ou quadro demonstrativo de débitos e créditos; (ii) certificou a legitimidade de créditos; (iii) atestou a idoneidade dos documentos fiscais; (iv) emitiu parecer jurídico sobre as operações de compensação de crédito; (v) praticou ou deixou de praticar nenhum ato relativo ao processo de contabilização das operações de compensação de ICMS; (vi) praticou nenhum ato decisório, por absoluta falta de competência; e (vii) manteve contato com qualquer dirigente, sócio ou funcionário das empresas que tiverem seus créditos compensados, ou da Empresa Brasileira de Petróleo.

Em contrapartida, no Id. 29671109, Aparecido Dorival Caetano peticionou no sentido de que, após tramitar por 13 (treze) anos no Supremo Tribunal Federal, “demonstrou-se que os prejuízos financeiros à União inexistem”. Acrescentou que “apenas o serviço da dívida foi reduzido, permanecendo essa hígida, inexistindo violação às condições impostas pela Resolução n. 69/98 do Senado Federal”.

A par disso, a Tojal Renault advogados ressalta que “a conclusão do Ministério Público Federal não é causa apenas de incompetência, mas sim, da própria rejeição da inicial a teor do artigo 17, § 8º, da Lei n.º 8.429/92”.

Nesse aparte, requerem a extinção da ação com julgamento de mérito pela ausência de improbidade, sem remessa dos autos à Justiça Estadual pela exclusão da União no polo ativo, dado o esvaziamento do tipo preconizado no artigo 10 da Lei n.º 8.429/92 (LIA).

Lado outro, deflui que o artigo 11 da LIA tampouco encontra suporte, uma vez que os atos ímprobos consistiram na não escrituração pelos agentes públicos do MS, e “ao contrário do afirmado pelo Ministério Público”, o objeto não se centra na realização de compensações irregulares sob autorização do Estado. Vale dizer: indicam que “não haveria questionamento algum sobre as operações tributárias” caso a escrituração fosse realizada.

Nessa toada, destacam que não subsistem quaisquer bens jurídicos atinentes ao Mato Grosso do Sul ou da própria Petrobras a conjurar a competência estadual, que resultaria em ação sem polo ativo. Ao fim e ao cabo, sustentam que o artigo 11, I, da LIA, estipula conduta de alargada abstração que exige (i) ato praticado; (ii) objetivo vetado por normativo.

Demais disso, aduzem que a suposta autoria de Aparecido Dorival se consubstancia na “procedimentalização, internamente na Petrobras, das operações tributárias, consistentes no pagamento às empresas credoras do Estado do Mato Grosso do Sul, sob mando deste”, somado ao fato de que “os Ofícios enviados pelo Estado do Mato Grosso do Sul eram a ele dirigidos”.

Assim sendo, não haveria narrativa sobre conluio lesivo, não ostenta conexão e/ou poder de controle atinente à não escrituração das receitas correntes do MS, e constituía prática corrente em vários entes parciais. Inclusive, destacou que, em termos financeiros, não houve benefício à Petrobras ou ao réu Aparecido Dorival, uma vez que o pagamento diretamente aos credores do MS se deu em soma zero.

É o relatório do necessário. Decido.

II. Fundamentação

Introito e Programa Normativo

Em linha de princípio, a dívida pública do Estado com a União é baseada justamente na Receita Líquida Real (RLR) do Estado, de sorte que quanto maior for a RLR, maior deverá ser o pagamento da dívida pública que o Estado tem com a União.

Considerando que a Resolução do Senado Federal 69/1995 foi revogada à vista do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.496/97, as quais não incidem em inconstitucionalidade

formal, porque não sujeitas à reserva de lei complementar.

E que o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.496/97 dispõe que

Parágrafo único. Os Programas de Reestruturação e de Ajuste Fiscal de que trata esta Lei adotarão os mesmos conceitos e definições contidos na Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000. (Redação dada pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

Nesse passo, o artigo 2º da Lei Complementar n.º 101/00 dispõe que

IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: [...] *omissis* b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; § 10 Serão computados no cálculo da receita corrente líquida os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar no 87, de 13 de setembro de 1996, e do fundo previsto pelo art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. [...] *omissis* [...] § 30 A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades.

A outro giro, a Lei n.º 4.320/64 destaca que

Art. 6º Todas as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais, vedadas quaisquer deduções. § 1º As cotas de receitas que uma entidade pública deva transferir a outra incluir-se-ão, como despesa, no orçamento da entidade obrigada a transferência e, como receita, no orçamento da que as deva receber. [...]

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979) [...]

Art. 53. O lançamento da receita é ato da repartição competente, que verifica a procedência do crédito fiscal e a pessoa que lhe é devedora e inscreve o débito desta.

Art. 54. Não será admitida a compensação da obrigação de recolher rendas ou receitas com direito creditório contra a Fazenda Pública.

Art. 56. O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais.

Art. 57. Ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 3º desta lei serão classificadas como receita orçamentária, sob as rubricas próprias, todas as receitas arrecadadas, inclusive as provenientes de operações de crédito, ainda que não previstas no Orçamento.

Considerando que o ICMS, erigido como tributo plurifásico, é o tributo mais sonegado e a principal fonte de receita própria dos Estados-membros, e a falta de recolhimento intencional e sistemático do ICMS ecoa impactos sobre o Erário.

Vejamos alguns precedentes repetitivos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e que ressoam no presente caso, *in litteris*:

TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTOS AGROPECUÁRIOS. CRÉDITOS REFERENTES A ENTRADAS. PRETENSÃO DE MANUTENÇÃO. SAÍDA ISENTA. DIREITO. INEXISTÊNCIA.

1. A despeito da oposição de embargos de declaração, o julgado estadual não decidiu a lide à luz dos suscitados arts. 7º, 97, VI, 99 do CTN, carecendo o recurso especial, em relação a esses dispositivos, do requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 211 do STJ.

2. A LC n. 87/1996, em seu art. 20, § 3º, I e II, refletindo o art. 155, § 2º, II, “b”, da Constitui-

ção Federal, estabelece, como regra geral, a vedação do aproveitamento de crédito de ICMS referente à entrada da mercadoria quando a saída correspondente for isenta.

3. A exceção prevista no art. 20, § 6º, I, da LC n. 87/1996, que permite a manutenção de créditos nas operações que envolvem produtos agropecuários, não é destinada àquele que realiza a venda contemplada pela isenção (caso da recorrente), mas ao contribuinte da etapa posterior, que adquire a mercadoria isenta do imposto e que tem a sua operação de saída normalmente tributada, de sorte que somente este poderá aproveitar os créditos de ICMS referentes às operações anteriores à desonerada, de acordo com a sistemática da não cumulatividade.

4. Hipótese em que deve ser mantido o acórdão que denegou mandado de segurança impetrado por contribuinte que objetiva ver assegurado o direito à utilização de crédito de ICMS referente a entradas de produtos agropecuários cuja venda por ele realizada é isenta.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(REsp 1643875/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 04/12/2019) (destaquei)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REVOGAÇÃO E ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE PARTE DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS. SUPERVENIENTE PERDA PARCIAL DO OBJETO. ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULOS DAS COTAS DO ICMS A SEREM TRANSFERIDAS PARA MUNICÍPIOS: INCONSTITUCIONALIDADE. PREVISÃO DE EXISTÊNCIA DE PROCURADORIA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. ART. 132, CF: INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO PARA LIMITAR A POSSIBILIDADE DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL ÀS CAUSAS RELATIVAS À DEFESA DAS PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS DO ÓRGÃO. PROCURADORIA DA FAZENDA ESTADUAL. PRINCÍPIO DA UNICIDADE DA REPRESENTAÇÃO DOS ESTADOS: INCONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÃO DE ÓRGÃO E DE CARREIRA AUTÔNOMOS. PREVISÃO DE RESERVA DE VAGAS NO SERVIÇO PÚBLICO PARA PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA: MERA REPETIÇÃO DE NORMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INICIATIVA POPULAR PARA EMENDA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL: CONSTITUCIONALIDADE.

1. É inconstitucional a atribuição, aos Tribunais de Contas estaduais, de competência para homologação dos cálculos das cotas do ICMS devidas aos Municípios, por violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF), afastada a alegação de simetria com o modelo federal (arts. 75 e 161, parágrafo único, da CF).

2. A jurisprudência desta Corte reconhece o princípio da unicidade institucional da representação judicial e da consultoria jurídica para Estados e Distrito Federal, que são atribuições exclusivas dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, independentemente da natureza da causa. A existência de consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais somente é admitida se sua existência for anterior à Constituição Federal (art. 69 do ADCT). Excetua-se a atividade de consultoria jurídica das Assembleias Legislativas, que pode ser realizada por corpo próprio de procuradores. Já a atividade de representação judicial fica restrita às causas em que a Assembleia Legislativa ostentar personalidade judiciária, notadamente para a defesa de suas prerrogativas institucionais frente aos demais poderes (ADI 1.557, Rel. Min. ELLEN GRACIE).

3. É facultado aos Estados, no exercício de seu poder de auto-organização, a previsão de iniciativa popular para o processo de reforma das respectivas Constituições estaduais, em prestígio ao princípio da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, art. 14, I e III, e art. 49, XV, da CF).

4. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada parcialmente procedente.

(ADI 825, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 26-06-2019 PUBLIC 27-06-2019)(destaquei)

Em julgamento similar, despido do mesmo conteúdo, porém decerto, tocando a temática, o STF já consignou que “as receitas provenientes do adicional criado pelo art. 82, § 1º, do ADCT não podem ser computadas para efeito de cálculo da amortização da dívida do Estado”.

Nada obstante, essas “receitas devem, no entanto, ser consideradas para efeito de cálculo do montante mínimo destinado à saúde e à educação” (STF. Plenário. ACO 727/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 13/2/2020) (Info 966).

Nesse caso, a União compreendeu que as receitas do fundo – inclusive esse aumento de 2% da alíquota do ICMS – deveriam ser consideradas no cálculo do mínimo a ser aplicado pelos Estados nas áreas de saúde e educação, com base no art. 212 e no art. 198, §§ 2º e 3º da CF/88.

Considerando, na concepção dos princípios da igualdade, da unidade da tesouraria, da universalidade de despesas e receitas, da não afetação das receitas vindas de impostos, da capacidade contributiva e da proibição do confisco, a não cumulatividade do ICMS na cadeia produtiva, que se assegura ao contribuinte o direito ao creditamento para abatimento da repercussão econômica anterior.

Consabido também que o dolo deve ser apurado a partir de circunstâncias objetivas e factuais, passo a examinar perfunctoriamente a ação aqui posta.

Nesse contexto, convém frisar que o MPF pediu que o MS contabilizasse, imediatamente, como receitas correntes, os valores “compensados”, por intermédio da Petrobras, realizando os repasses legais corrigidos monetariamente, inclusive para o futuro, bem como autorizar a União a compensar a aludida dívida com os recursos repassados ao Fundo de Participação dos Estados. Reforça, no item 6, que o juízo condene o MS a obedecer rigorosamente a Lei n.º 4.320/64, LC n.º 101/2000 e demais normativos pertinentes.

Demais disso, pede a condenação, “nos termos da responsabilidade de cada um” ao ressarcimento integral do dano ocasionado aos cofres da União com a não contabilização regular; e, a condenação dos réus nas penalidades contidas no artigo 12 da LIA.

Isto é: o MPF compreende que “o objeto da presente Ação Civil Pública c/c Improbidade Administrativa consiste: (a) na condenação dos agentes públicos ímprobos nas penas do art. 12 da Lei Federal n.º 8.429/92 e (b) no ressarcimento dos prejuízos causados à União, aos Municípios sul-mato-grossenses e à população em geral, haja vista que o Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio dos demandados, deixou de contabilizar, como Receita Corrente Líquida, a receita de ICMS proveniente da PETROBRAS”.

Por fim, sabe-se que a presença de indícios de cometimento de atos ímprobos autoriza o recebimento fundamentado da petição inicial nos termos do art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, devendo prevalecer, no juízo preliminar, o princípio do *in dubio pro societate*.

Estabelecidas essas premissas, passo ao exame das questões processuais pendentes e da prefaciais aventadas.

Competência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Regional Federal

De início, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento de pretensão conflito federativo (Num. 25735321 - Pág. 1), afastou sua competência.

Também, as disposições levantadas pelos réus quanto ao artigo 84 do Código de Processo Penal já foram revogadas pela Lei n.º 10.628/02, bem como enfrentadas na ADIN n.º 2797, ao mesmo tempo em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já assentou que a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado.

Competência da Justiça Federal, exclusão da União como litisconsorte e remessa dos autos à Justiça Estadual

O *Parquet* Federal, em sua última manifestação, robustece que o objeto cinge-se às compensações irregulares sob autorização do Estado de Mato Grosso do Sul, e não, *diretamente, falsidade no recolhimento de imposto de renda*, e que inexistem danos ao erário frente à dívida pública do Estado, a qual permaneceu íntegra.

No ver deste órgão, não há razão jurídica para albergar a intervenção da União como assistente do MPF, *por veicular mero interesse econômico*.

Decerto, malgrado as ações civis públicas em julgamento envolvam interesses patrimoniais afetos à União, razão pela qual descabe sua exclusão destes autos, o que será devidamente tratado no tópico da legitimidade ativa *ad causam* do MPF.

Lado outro, eventuais danos aos Municípios, à Petrobras e aos demais Poderes estaduais se circunscrevem à esfera estadual.

Nada obstante, estribado no Enunciado n.º 150, do Superior Tribunal de Justiça, “competete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”, a teor do precedente abaixo colacionado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE. IRREGULARIDADES NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. APLICAÇÃO DE VERBAS DA FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE-FUNASA. ATÉ ENTÃO, HÁ A AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA UNIÃO QUANTO AO INTERESSE EM INTEGRAR À LIDE. SÚMULA 150/STJ. ART. 109, I DA CF/88. RATIONAE PERSONAE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Hipótese em que, malgrado se refira à ACP por ausência de prestação de contas a órgão do Governo Federal, tendo em vista recursos por ele providos através de Convênio, houve a incorporação da verba no patrimônio do Município, o que, em tese, implica em conflito entre as Súmulas 208 e 209/STJ.

2. Nos termos da jurisprudência desta Casa, caracteriza-se o interesse da União quando a verba objeto do litígio é oriunda do Erário Federal e sujeita à prestação de contas e fiscalização por órgão federal, nos termos da Súmula 208/STJ.

3. *Deve-se, no entanto, observar uma distinção na aplicação das Súmulas 208 e 209 do STJ, no âmbito cível, visto que tais enunciados provêm da Terceira Seção deste Superior Tribunal, e versam hipóteses de fixação da competência em matéria penal, em que basta o interesse da União ou de suas autarquias para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da CF.*

4. O art. 109 da CF/88 elenca a competência da Justiça Federal em um rol taxativo que, em seu inciso I, menciona as causas a serem julgadas pelo juízo federal em razão da pessoa, competindo a este último decidir sobre a existência (ou não) de interesse jurídico que justifique, no processo, a presença da União, suas autarquias ou empresas públicas, conforme dispõe a Súmula 150 do STJ.

5. Hipótese em que não há nos autos manifestação de interesse na causa de qualquer um desses entes elencados no dispositivo constitucional.

6. Assim, a despeito da Súmula 208 do STJ, a competência absoluta enunciada no art. 109, I, da CF faz alusão, de forma clara e objetiva, às partes envolvidas no processo, tornando despicenda, dessa maneira, a análise da matéria discutida em juízo.

7. Conflito conhecido para declarar competente o JUÍZO DE DIREITO DA 1a. VARA CÍVEL DA COMARCA DE COLINAS DO TOCANTINS.

(CC 131.323/TO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2015, DJe 06/04/2015)

Assim sendo, para determinar a exclusão da União, imprescindíveis certas cautelas prévias como a intimação da Procuradoria da Fazenda Nacional e da Advocacia Geral da União, atuantes em Campo Grande, para manifestação de interesse na lide, uma vez que envolvem interesses públicos na modalidade secundária na forma do artigo 10 do Código de Processo Civil.

A mais, não se apensou aos autos a manifestação do Sr. Evandro Costa Gama, Advogado-Geral Substituto (ACO n. 743, f. 2305) nestes autos, tampouco, diante de manifestações tão vacilantes e diferenciadas, não seria prudente, de plano, decretar a incompetência da justiça federal, diante da gravidade da narrativa encetada, que rendeu ensejo à ação de indenização por danos morais dada a impetuosidade das manifestações à época.

Mantendo a União como litisconsorte, na forma do artigo 109, I, da Lei Maior, não há que se cogitar em remessa dos autos à Justiça Estadual, máxime diante do decurso processual de mais de 16 (dezesseis) anos e da necessidade de pacificação da lide enfrentada.

Suspensão para notificação dos requeridos

De antemão, frise-se que os fólios restaram conclusos com respostas prévias apresentadas (Id. 25333352, p. 25) e todos os réus se manifestaram, ainda que a Petrobras tenha nomeado sua peça como “contestação”, tais petições foram recebidas como “defesas prévias” completando o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

A toda evidência, o STJ já determinou que “a ausência da notificação do réu para a defesa prévia, prevista no art. 17, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, só acarreta nulidade processual se houver comprovado prejuízo (*pas de nullité sans grief*)”, fato este que não foi trazido pela Petrobras.

Litisconsórcio passivo necessária das empresas beneficiadas

Atinente ao litisconsórcio passivo necessário das empresas beneficiadas, em que pese ir ao encontro da defesa do erário público e na investigação mais aprofundada dos fatos narrados, a jurisprudência do STJ já assentou que “é inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda” e que “nas ações de improbidade administrativa, não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo”.

Assim, presentes no polo passivo os agentes públicos, não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário.

Inépcia da Inicial

Ritos distintos, Cumulação Conjuntiva e Pedidos incompatíveis

De fato, o “especialíssimo procedimento estabelecido na Lei n. 8.429/92, que prevê um juízo de delibação para recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art. 17, § 7º), somente é aplicável para ações de improbidade administrativa típicas” (Tema 344).

Tratando-se de microsistema de proteção coletiva de interesses difusos como a boa administração, a cumulação revela o objetivo do MPF na responsabilização dos agentes supostamente envolvidos em condutas ímprobas (ação de improbidade), ao mesmo tempo em que busca a reparação dos supostos danos causados à União (ação civil pública).

A rigor, o ideal é que fossem propostas separadamente.

Todavia, a consequência prática seria a reunião perante este Juízo para correrem em apenso uma a outra por conexão respaldado inclusive no artigo 55, § 3, do CPC.

Seguindo-se o procedimento da LIA, mais garantista, não houve prejuízo para que as ações tramitassem conjuntamente, apesar da cizânia jurisprudencial e doutrinária a respeito.

Já, no que concerne ao *bis in idem* dos pedidos 2 e 5, não há duplicidade, porquanto o pedido 2 se refere à pedido *liminar* de contabilização pelo MS dos importes de ICMS compensados durante os idos de 2001 a 2003 na Receita Líquida Real e, por consequência, repasse tais diferenças corrigidos monetariamente à União.

De outra perspectiva, o pedido 5 trata da confirmação da medida *liminar*, já requerida no item 2, e o pedido 5.a. pretende autorizar a União a se ressarcir diretamente com os recursos do FPE.

De seu turno, o pedido 7 intenta o ressarcimento integral de eventuais danos ocasionados ao cofre da União com a não contabilização pelos agentes públicos, na medida da responsabilidade individual, no caso de confirmação do suposto caixa 2.

Isto é: não há *bis in idem*, o pedido 5 busca a reparação dos danos causados a União pelo Estado, ao passo que o pedido 7 traz à baila o pedido de ressarcimento de danos ocasionados individualmente com a prática da não contabilização a serem apurados em instrução.

Via inadequada e Ação popular

O artigo 1º, VIII, da Lei n.º 7.347/85, tutela o patrimônio público e social, ao passo que a ação de improbidade objetiva o ressarcimento de eventuais enriquecimentos ilícitos, razão pela qual a via eleita se revela adequada.

Ausência de indicação dos preceitos legais violados e tipicidade

Dito isso, os corréus sustentam inépcia da inicial ao argumento de que não foi descrita a conduta ímproba imputada a eles.

No entanto, a parte autora, no item IV, da Inicial (Id. 25330507, p.9 e ss.), individualiza os atos de improbidade minimamente de José Ricardo Pereira Cabral, Antônio Norberto do Couto, Paulo Roberto Duarte e Adalto José Manzano, que teriam elaborado planilhas para ajustas créditos, buscado, por sua própria iniciativa, a Petrobras para o ressarcimento direto por intermédio de Aparecido Dorival, e que pretenderam evitar repasses, com consciência e vontade, à União, assim como não efetuaram o devido registro da contabilidade, e teriam supostamente criado um “verdadeiro Caixa Dois, administrado pelos mesmos” em detrimento da ordem de precatórios e do pagamento dos serviços de dívida da União.

E, ao fim, esclarece que a conduta dos réus se amolda aos artigos 10, *caput*, incisos I, II, VI, VII, X, XI e XII, e ao artigo 11, *caput*, incisos I, II, e IV, todos da Lei n.º 8.429/92. Não é inédito que a tipicidade, em assuntos de improbidade administrativa, poderá se subsumir a diversas condutas de forma cumulativa, o que implicará diferenças na dosimetria e na escolha das penalidades do artigo 12.

Ausência de utilidade e necessidade atinente ao comando futuro de contabilização

Neste ponto, a defesa técnica dos corréus merece prosperar. Veja-se a manifestação:

Ora, este pedido chega às raias do inimaginário: uma sentença que condene uma parte a, genérica e abstratamente, *obedecer a lei* ??A lei – qualquer que seja sua natureza ou hierarquia, não necessita de uma sentença para tornar-se exigível, ou para transmutar-se em comando *que deva ser observado*. [...] No caso vertente, a Lei n.º 4.320/64 e a Lei Complementar 101/2000 são de observância e cumprimento *obrigatórios*, portanto, de nenhuma necessidade/utilidade o pedido em análise;

De fato, carece de interesse de agir, na modalidade necessidade e utilidade, o pedido do MPF em relação às operações futuras, de que, ao proceder compensações futuras, o Estado efetue a contabilização como receita (pedido 3), e pelo mesmo motivo, o pedido 6 de que o Estado do MS seja condenado a obedecer os ditames das Leis n.º 4.320/64 e Lei Complementar n.º 101/200 carece de interesse de agir, dada que a força da Lei dispensa ordem judicial e tais determinações já emanam das legislações regentes respectivas.

O Estado-juiz apenas poderia reconhecer violação a tais normais, porém emitir comando abstrato, genérico e dotado de normatividade, insurgiria contra a tripartição de funções estribada no artigo 2º da Constituição Federal.

Lado outro, o pedido 5.a, também padece de interesse de agir na modalidade adequação, isso porque o *modo* de eventuais ressarcimentos pela União deve ser escolhido dentro da discricionariedade da cúpula política do Governo Federal dentro do quadro de legalidade positiva posta, sob pena de ativismo judicial.

A mais, a União estaria sendo enquadrada como “super credora”, com poderes de auto-executoriedade e imperatividade em detrimento do pacto federativo fincado no artigo 18 da Constituição Federal, devendo-se respeitar os meios de cobrança gizados na Lei nº 9.496/97 e os termos do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados.

Ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal

Esfera de atuação do MPE e exaurimento da investigação

O mero fato de já ter tido arquivamento de procedimento administrativo no âmbito estadual, referendado pelo Conselho Superior do MPE, sem eficácia de caso julgado, nos termos do artigo 6º, § 3º da Decreto-Lei n.º 4.657/42 é irrelevante para os fins desta ação, máxime por envolver interesses federais e o manejo de competência absoluta.

Proteção do patrimônio da União caberia à Fazenda Nacional e à AGU

Em verdade, o STJ já decidiu que “o Ministério Público tem legitimidade *ad causam* para a propositura de Ação Civil Pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade”. Frise-se: tal entendimento se circunscreve aos danos causados pelos agentes públicos no âmbito de sua atuação ao erário público.

Dispõe o art. 17, §§ 6º e 7º, da Lei 8.429/1992 que a petição inicial da ação de improbidade administrativa será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, determinando-se a notificação do requerido para manifestação por escrito.

Após o recebimento da manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita ou receberá a petição inicial (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992).

Vale dizer: exigem-se elementos mínimos que possibilitem a formação de um juízo de suspeita ou suposição acerca da prática dos atos narrados na petição inicial, sendo despidendo a comprovação cabal e exaustiva da prática do ato e de todas as consequências daí advindas, porquanto tal certeza somente se entremostra indispensável no momento da prolação da sentença.

No caso em testilha, portanto, em um juízo de admissibilidade, isto é, de uma avaliação acerca da viabilidade do prosseguimento da ação de improbidade, deve este juízo vislumbrar a existência de um suporte fático mínimo.

De certo, *não se ventilou nenhum indício específico sobre o famigerado “Caixa 2”, ou desvio de dinheiro atinente aos réus especificados na ação de improbidade administrativa, razão pela qual também não incumbe a este Juízo investigar *sponte própria* e decretar a quebra de sigilo bancário e fiscal, sem esses indícios perfunctórios, sob pena de quebrar sua imparcialidade.*

Isto é: notícias de jornais sobre eventuais subsídios à campanhas eleitorais e a formação de uma caixa dois, não corroboradas por documentos ou outros meios de prova, não servem para tal invasão à privacidade e intimidade tuteladas pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal.

Essa conclusão é reforçada pelo arquivamento da ação de impugnação de mandado no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral, pela fiscalização do Tribunal de Contas Estadual e pelo Conselho Superior do Ministério Público Estadual.

Já, em relação aos danos à União, no período de 2001 a 2003, referente ao valor alusivo de 1/12 de 15% da sua Receita líquida Real do Estado para o pagamento de serviço da dívida, assim como de duodécimos dos poderes estaduais e repasses de 25% (vinte de cinco por cento) do ICMS aos Municípios em contrariedade a Resolução SF n.º 69/98 e a Lei n.º 9.496/97, discorro abaixo.

De outro bordo, em face dos limites de atuação institucional preconizados no artigo 129, III, IX, c/c art. 131, todos da Lei Maior, somando-se ao fato de *que o próprio MPF, tanto em sua manifestação no STF, quanto o Procurador da República, atuante em Campo Grande/MS relataram que, em sua última e mais recente petição, esta ação apenas traz à baila interesses patrimoniais individualizados e determinados da União.*

Forçoso, de conseguinte, que este juízo, reconheça que incumbe à Procuradoria da Fazenda Nacional e à Advocacia-Geral da União zelar pelas finanças públicas e pelo patrimônio público (no interesse público secundário, classificação conferida por Renato Alessi), falecendo legitimidade ativa ad causam do MPF neste quesito.

Por todos, confira-se:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SUPOSTAMENTE INDEVIDA ORIUNDA DO FUNDO DE INDENIZAÇÃO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO - FITP. PRETENSÃO VISANDO A RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CONFLITO LEGAL DE CARÁTER TRIBUTÁRIO. INTERESSE SECUNDÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. [...] 3. Consectariamente, *a rubrica receita da União caracteriza-se como interesse secundário da Administração, o qual não gravita na órbita dos interesses públicos (interesse primário da Administração), e, por isso, não guarnecido pela via da ação civil pública, consoante assente em sede doutrinária: Um segundo limite é o que se estabelece a partir da distinção entre interesse social (ou interesse público) e interesse da Administração Pública.* Embora a atividade administrativa tenha como objetivo próprio o de concretizar o interesse público, é certo que não se pode confundir tal interesse com o de eventuais interesses próprios das entidades públicas. Daí a classificação doutrinária que distingue os interesses primários da Administração (que são os interesses públicos, sociais, da coletividade) e os seus interesses secundários (que se limitam à esfera interna do ente estatal). “Assim”, escreveu Celso Antônio Bandeira de Mello, “independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhes são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes

últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito”. Nessa linha distintiva, fica claro que a Administração, nas suas funções institucionais, atua em representação de interesses sociais e, eventualmente, de interesses exclusivamente seus. Portanto, embora com vasto campo de identificação, não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse da Administração. [...] Genericamente, como Calmon de Passos, pode-se definir interesse público ou interesse social o “interesse cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde”. A Constituição identifica claramente vários exemplares dessa categoria de interesses, como, por exemplo, a preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, cuja defesa pode ser exercida inclusive pelos próprios cidadãos, mediante ação popular (CF, art. 5.º, LXXIII), o exercício probo da administração pública, que sujeita seus infratores a sanções de variada natureza, penal, civil, e política (CF, art. 37, § 4.º), e a manutenção da ordem econômica, que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CF, art. 170). São interesses, não apenas das pessoas de direito público, mas de todo o corpo social, de toda a comunidade, da própria sociedade como ente coletivo. (ZAVASKI, Teori Albino, *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 52-54.) [...] (REsp 786.328/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 08/11/2007, p. 168, grifos nossos).

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA ORGANIZADORA DE CONCURSO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 24, II, DA LEI DE LICITAÇÕES. VALOR DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. [...]

8. *A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.*

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. [...]

(MS 11.308/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008, grifos nossos)

É plausível que a técnica de não contabilização das compensações como “receita arrecadada” na compreensão do Estado possa ter afetado os percentuais constitucionais das políticas públicas de saúde e educação com a afetação da receita total de impostos estaduais versados.

Nada obstante, as ações coletivas *sub judice* não envolvem eventuais impactos no desenvolvimento das sobreditas políticas públicas afetadas à esfera federal, que veiculariam interesses coletivos e difusos, logo, *não há outra saída para este juízo a não ser reconhecer a ilegitimidade do Parquet Federal na defesa de interesses patrimoniais, públicos apenas na modalidade secundária.*

Ilegitimidade passiva

A despeito disso, as defesas técnicas aventaram a ilegitimidade passiva.

A Petrobras pugnou tal prefacial, diante da presunção de legitimidade dos atos administrativos de império, da fé pública dos agentes estatais e da imposição das operações por esses mesmos agentes.

Por sua vez, a ilegitimidade dos réus Antônio Norberto de Almeida Couto, Ruitter Cunha de Oliveira, Vicente Hiroyuki Yassunaka e Adalto José Manzano se evidenciaria, tendo em vista a competência exclusiva do Secretário de Estado de Receita e Controle, por força do artigo 274 do Código Tributário Estadual, dado que cumpriram meros atos de impulsionamento de processos administrativos sem cunho decisório.

Tais temas se confundem com o mérito da presente ação e lá deveriam ser tratados em que pese o rótulo de “preliminar” concedido pelas defesas, não há como decidir tais matérias sem incorrer no quadro fático-jurídico desta ação.

Prejudicial de inconstitucionalidade da LIA

Suscitou-se a inconstitucionalidade formal e material da Lei de Improbidade Administrativa, dado seu caráter federal em violação ao pacto federativo, a desobediência ao sistema bicameral e pelo acréscimo de penalidades à revelia do artigo 37, § 4º da CFRB.

A inconstitucionalidade formal já foi rejeitada no bojo da ADI 2182 pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que nenhuma liminar foi concedida no andamento da ADI 4295 que trata da inconstitucionalidade material, mormente diante da teoria da nulidade pela excessiva abertura de seus termos (*overbreadth doctrine*).

Em desfecho, permanece incólume a presunção de legalidade e veracidade da Lei de Improbidade Administrativa.

Conclusão

Diante do exposto, com fulcro no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, extingo o processo, *sem resolução de mérito*, dos pedidos formulados.

Em relação ao pedido de condenação dos agentes públicos por suposta conduta de desvio de dinheiro, de formação de caixa 2, e de financiamento mascarado de campanha eleitoral, *por falta de elementos indiciários mínimos*, rejeito a inicial na forma do artigo 17, § 8º, da LIA.

Intimem-se todas as partes, inclusive a PGFN e a AGU, atuantes em Campo Grande para ciência deste édito para, querendo, recorrer como terceiro interessado na forma do artigo 5º, parágrafo único, da Lei n.º 9.469/97, desta decisão na forma do artigo 17, § 10, da LIA.

Em havendo recursos interpostos ou não, após o decurso dos prazos respectivos, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional desta 3ª Região, dado que a sentença está submetida ao reexame necessário, na forma do artigo 927, III, do Código de Processo Civil, *in litteris*:

A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência de ação de improbidade administrativa está sujeita ao reexame necessário, com base na aplicação subsidiária do CPC e por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei n.º 4.717/65. STJ. 1ª Seção. EREsp 1.220.667-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/5/2017 (Info 607).

Não há que se falar em má-fé do postulante, em virtude disse, deixo de fixar custas ou honorários advocatícios, na forma do artigo 18 da Lei n.º 7.347/85.

Revista do TRF3 - Ano XXXI - n. 145 - Abr./Jun. 2020

Publique-se e notifique-se o MPF.

Campo Grande/MS, data e assinatura, conforme certificação eletrônica.

Juiz Federal LUCAS MEDEIROS GOMES

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL**5009579-65.2018.4.03.6100**

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SÃO PAULO, AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA, PB PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA EIRELI - ME

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/03/2020

SENTENÇA*I - Relatório:*

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da UNIÃO FEDERAL, do ESTADO DE SÃO PAULO, da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, da EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA – PPE, de PB PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA LTDA., de SF PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA LTDA. e da COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL – CETESB, objetivando provimento jurisdicional que:

- a) condene os órgãos ambientais licenciadores a se absterem de conceder qualquer tipo de licença a quaisquer empreendimentos hidrelétricos a serem implementados sem a prévia apresentação, análise, aprovação e implementação da Avaliação Ambiental Integrada – AAI para a geração de energia elétrica no Rio Pardo; determine a inserção expressa em todas as Licenças Prévia e de Instalação expedidas para empreendimentos hidrelétricos no Rio Pardo a condicionante relativa à prévia apresentação e observância de estudo referente à Avaliação Ambiental Integrada (AAI) setorial para a geração de energia elétrica no Rio Pardo e, por conseguinte, na Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema (Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos - UGRHI - 17), sem a qual nenhum tipo de atividade poderá ser executada, inclusive, canteiro de obras e acampamento;
- b) determine a inserção expressa nas Licenças de Operação de empreendimentos que se encontram em funcionamento novas exigências eventualmente decorrentes da Avaliação Ambiental Integrada (AAI) setorial para a geração de energia elétrica no Rio Pardo e, por conseguinte, na Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema (UGRHI- 17), quando da renovação das respectivas licenças;
- c) condene os órgãos ambientais licenciadores a se absterem de conceder Licença de Operação para empreendimentos hidrelétricos que se encontram com Licença de Instalação expedida e em efetiva execução física das obras, até que seja apresentado, analisado e aprovado o estudo integrado do Rio Pardo e a bacia referida anteriormente, bem como os respectivos EIA/RIMAs;
- d) inserir expressamente nas Licenças de Operação de empreendimentos que se encontram em funcionamento, novas exigências eventualmente decorrentes da Avaliação Ambiental Integrada (AAI) setorial para a geração de energia elétrica no Rio Pardo e, por conseguinte, na Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema (UGRHI- 17), quando da renovação das respectivas licenças;
- e) que seja determinado à Empresa de Pesquisa Energética – EPE que proceda à elaboração de uma Avaliação Ambiental Integrada (AAI) setorial para a geração de energia elétrica no Rio Pardo e, por conseguinte, na Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema (Unidade de

Gerenciamento de Recursos Hídricos - UGRHI - 17), observando-se as regras e critérios estabelecidos pela literatura especializada e assegurando-se, em todas as fases da avaliação, a ampla participação dos setores científicos e da sociedade civil organizada, de modo a compatibilizar a geração de energia com a conservação da biodiversidade e a manutenção do equilíbrio hidroecológico regional;

f) seja exarada ordem para que as requeridas PB Produção de Energia Elétrica Ltda e SF Produção de Energia Elétrica Ltda cessem e se abstenham de realizar, imediatamente, quaisquer obras de instalação ou operação das referidas PCHs;

g) determine o cancelamento (1) do “aceite” no Projeto Básico apresentado pela SF Produção de Energia Elétrica Ltda. acerca de uma PCH no Rio Pardo (PCH São Francisco) - despacho ANEEL nº 1634, de 14.05.2012 - fls. 2088/2090; (2) do “aceite” no Projeto Básico apresentado pela PB Produção de Energia Elétrica Ltda. acerca de uma PCH no Rio Pardo (PCH Ponte Branca) - despacho ANEEL nº 1788, de 23.05.2012 - fls. 2120/2122, ambos no ano de 2012, procedidos pela ANEEL; (3) das Resoluções Autorizativas ANEEL nº 4085/2013, de 07.05.2013 e 4139/2013, de 28.08.2013 (fls. 63 e 71) e seus efeitos, que autorizaram as empresas PB Produção de Energia Elétrica Ltda. e SF Produção de Energia Elétrica Ltda. a explorar, sob o regime de Produção Independente, as PCHs Ponte Branca e São Francisco - uma vez que todas as aprovações e autorizações acima não contemplam o estudo da Avaliação Ambiental Integrada (AAI), mesmo sendo essa uma determinação do Ministério de Minas e Energia, do ano de 2007;

h) determine a suspensão das Licenças Prévias das PCHs Ponte Branca e São Francisco e da Licença de Instalação da PCH Ponte Branca.

Os autores informam que o Rio Pardo se caracteriza por ser um dos rios menos poluídos do Estado de São Paulo (sua água recebeu a classificação II), o que possibilita o seu uso para o abastecimento doméstico. O rio, que possui 264 km de extensão, atravessando quinze municípios, até desaguar no Rio Paranapanema, marco divisório dos Estados de São Paulo e do Paraná, compõe a Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos - UGRHI 17, sendo o principal rio da Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema, a qual foi definida pela Lei nº 9.034/94 (que criou o Plano Estadual de Recursos Hídricos do Estado de São Paulo – PERH).

Os autores pontuam que, por se tratar de um dos rios mais limpos do Estado de São Paulo, possui grandes belezas naturais preservadas, dentre elas, cachoeiras, corredeiras e saltos, os quais possuem potencial turístico, destacando-se, outrossim, por seu ecossistema (fauna e flora de importante representatividade), principalmente em suas Áreas de Preservação Permanente (APPs).

Em razão do aludido, os autores pleiteiam a interrupção de inescindível política ordenada de aproveitamento do potencial hidrelétrico do Rio Pardo, pois não se estaria dando importância a estudo adequado de impacto cumulativo dos empreendimentos hidrelétricos a serem instalados, conforme concluído nos autos do Inquérito Civil nº 14.0328.0000350/2013-1, instaurado para analisar o impacto socioeconômico e ambiental do funcionamento hidroecológico do referido rio.

Os autores afirmam que foi apurada a existência de 9 (nove) PCHs (Pequenas Centrais Hidrelétricas), a saber: Santana, Figueira Branca, Niágara, Ponte Branca, São Francisco, Água da Onça, Cochos, Águas do Bajara e Estrelinha. Além dessas, apurou-se a existência de uma PCH em operação, a PCH Salto do Lobo, e uma desativada, a PCH Veu da Noiva. Das 9 PCHs inventariadas, 7 receberam aprovação da ANEEL, por meio do despacho ANEEL nº 87 de 6.2.2004, sendo que 6 (PCHs Santana, Figueira Branca, Niágara, Estrelinha, Ponte Branca e São Francisco) já teriam tido o “aceite” dos seus respectivos projetos básicos.

Aduz-se, porém, que as PCHs Santana, Figueira Branca e Niágara não obtiveram a Licença Prévia por razões de impactos ambientais não considerados no EIA/RIMA de seu Projeto Básico, consoante o Parecer Técnico nº 104/2012/IE de 28.5.2012 da Diretoria de Impacto Ambiental da CETESB. Em relação às PCHs Ponte Branca e São Francisco, relatam que a CETESB já teria expedido as correspondentes Licenças Prévias, e que, acerca da PCH Ponte Branca, já fora concedida Licença de Instalação, estando o empreendimento em fase de implementação.

Os autores afirmam que as aludidas PCHs não contam com estudos que considerem a totalidade da bacia hidrográfica como área de impacto ambiental, o que desrespeitaria o disposto no artigo 5º, inciso III, da Resolução CONAMA nº 1/86. Em decorrência, sustentam que são incertos os impactos cumulativos e sinérgicos ocasionados pela construção e funcionamento de grande número de PCHs em toda a extensão do Rio Pardo, ainda que, relativamente às PCHs São Francisco e Ponte Branca, tenham sido realizadas as Análises Ambientais Integradas - AAI, que, segundo alegado, não o foram de modo adequado.

Afirma-se, ainda, que a Avaliação Ambiental Integrada tem como objetivo avaliar a situação ambiental da bacia hidrográfica com os empreendimentos hidrelétricos instalados e os potenciais empreendimentos a serem instalados, tanto do ponto de vista dos efeitos cumulativos como dos efeitos sinérgicos, incidentes sobre os recursos naturais e sobre a população, no âmbito presente e futuro. A exigência e a metodologia a ser seguida para execução do mencionado AAI têm previsão no Termo de Compromisso firmado em 15.9.2004 entre o Ministério de Minas e Energia, o Ministério do Meio Ambiente, o IBAMA, a Advocacia Geral da União e o Ministério Público e, ainda, que a Empresa de Pesquisa Energética – EPE, criada pela Lei nº 10.847/04, dentre suas atribuições, também teria a responsabilidade de criar diretrizes para realização do AAI.

Além disso, afirmam que a exigência de prévia avaliação ambiental integrada também decorre da previsão de sua realização, a partir de 2007, quando da consecução do denominado inventário hidroelétrico exigido pelo Ministério das Minas e Energia, conforme se extrairia do Manual de Inventário Hidrelétrico de Bacias Hidrográficas.

Todavia, segundo alegam os autores, a EPE não teria cumprido com sua obrigação no tocante à realização do Inventário Hidrelétrico atualizado da bacia hidrográfica em comento, bem como na análise ambiental dos impactos cumulativos e sinérgicos. Assim, a Análise Ambiental Integrada das PCHs São Francisco e Ponte Branca, elaborada pelos próprios empreendedores, não serviria para o fim almejado porque, tecnicamente, deficitária; segundo apontamentos do assistente técnico da Promotoria, os empreendedores teriam se limitado a reproduzir procedimentos, sem realizarem estudo integral do impacto ambiental em toda a bacia hidrográfica envolvida, englobando, principalmente, a análise do possível resultado ambiental após a instalação das PCHs citadas, com a previsão de medidas a serem tomadas para diminuir a degradação ambiental.

Assim, argumentam que as licenças prévias dadas pela CETESB em favor das PCHs São Francisco e Ponte Branca não devem subsistir porque não realizada a indispensável AAI, exigência, inclusive, prevista pelo próprio órgão estadual, por meio dos Pareceres Técnicos nº 80888/09/TAGV e 80870/09/TAGV.

Os autores esclarecem que o Estudo de Impacto Ambiental – EIA, contido nos Projetos Básicos das PCHs referidas, foi realizado com base no inventário hidroelétrico do ano de 2002, o qual estaria defasado, pois anterior ao citado “Manual de Inventário Hidrelétrico de Bacias Hidroelétricas” do ano de 2007, e, também, da criação da EPE, empresa que seria responsável por estudos da área energética.

Argumenta-se, outrossim, que, somente com o mencionado Manual de 2007, se passou a exigir a inclusão da AAI quando da realização do Estudo de Impacto Ambiental, e ainda que os EIAs das PCHs Ponte Branca e São Francisco sejam do ano de 2009, não teriam contemplado a realização do AAI. Portanto, sustentam que até a realização de novo Inventário Hidrelétrico da Bacia do Rio Pardo não devem subsistir tanto o mencionado despacho autorizador da ANEEL nº 87/04, como as aprovações dos Projetos Básicos das PCHs São Francisco e Ponte Branca, e, também, as Resoluções Autorizativas ANEEL nº 4085/2012 e 4139/2013, dadas em favor das empresas PB Produção de Energia Elétrica Ltda. e SF Produção de Energia Elétrica Ltda. para exploração das citadas PCHs.

Os autores aduzem que, se implantadas, as PCHs São Francisco e Ponte Branca trarão inúmeros prejuízos de ordem antrópica e socioambientais, além de ameaça à diversidade biológica e interferência em Áreas de Preservação Permanente (APP) e de Reserva Legal (RL), as quais seriam difíceis de serem restauradas.

Sustenta-se que a ANEEL, a fim de estimular a construção de novas PCHs, criou diversos incentivos aos empreendedores, destacando, entre eles, a isenção da compensação financeira para as PCHs por utilização de recursos hídricos, consoante artigo 4º, I, da Lei nº 7.990/89; e, a redução do percentual da tarifa de uso dos sistemas elétricos de transmissão e distribuição, prevista pelo artigo 26, §1º, da Lei nº 9.427/96. Referidos incentivos acabariam por estimular o fracionamento do aproveitamento dos potenciais hidrelétricos em PCHs, tendo em vista a isenção e redução de diversas taxas, ainda, a exigência menor de estudos ambientais, porque a análise seria localizada, sem considerar o impacto cumulativo e sinérgico dos múltiplos empreendimentos.

Nesse contexto, defende-se que deve ser adotada modalidade de avaliação de impacto ambiental apta a mensurar os impactos cumulativos dos empreendimentos hidrelétricos citados sobre o Rio Pardo, conforme também preconizaria a Súmula de entendimento nº 8 da Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental.

Ressalta-se que devem ser obedecidas as normas aplicáveis ao licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos dispostas nas Resoluções CONAMA nº 01/86, 06/87 e 237/97. Dentro deste regramento, o licenciamento ambiental deve ser precedido do inventário hidrelétrico, seguido de estudo de viabilidade por meio da licença prévia, a qual, se viável, assegurará a licença de instalação e, na sequência, licitação para construção do empreendimento e, conseqüentemente, licença de operação, último passo para fechamento da barragem.

Também ressaltam que, por se tratar de PCHs, o licenciamento ambiental é concedido pelo órgão ambiental estadual, ou seja, a CETESB, a qual deveria cuidar para que o estudo de impacto ambiental contemplasse não só os impactos locais de cada PCH, mas o impacto conjunto de todas elas. Como não foi observada a exigência de prévia AAI, apelam para o princípio da precaução do Direito Ambiental, no sentido de que o Poder Público deve voltar-se para a prevenção do dano ambiental, porque estes, via de regra, são irreversíveis ou de difícil reparação, pleiteando a suspensão de todos os licenciamentos em curso referentes às PCHs citadas.

Reforçam que a AAI seria a única forma de assegurar um estudo ambiental técnico e completo para apuração dos eventuais danos ambientais advindos da instalação das PCHs citadas, sendo de responsabilidade da EPE, empresa pública federal, realizá-la, segundo sua finalidade legal prevista pelo artigo 4º da Lei nº 10.847/04, podendo ser ressarcida pelos eventuais custos do trabalho de avaliação.

Inicialmente, o feito foi distribuído para a 1ª Vara Federal de Ourinhos, São Paulo, sob o nº 0000736-29.2015.403.6125, ocasião em que se deferiu parcialmente o pedido liminar (fls. 75/91-verso do processo físico).

A ANEEL noticiou no feito a interposição do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu parcialmente o pedido emergencial (fls. 125/149).

O pedido de suspensão da liminar em ação civil pública não foi conhecido (fl. 152).

A EPE noticiou no feito a interposição do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu parcialmente o pedido emergencial (fls. 182/212).

O Estado de São Paulo noticiou no feito a interposição do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu parcialmente o pedido emergencial (fls. 214/235).

A EPE apresentou sua contestação, discorrendo sobre sua atuação e sobre as principais normas constantes do Direito Ambiental, e defendendo que (i) a realização de AAI não é elemento obrigatório para o licenciamento ambiental; (ii) não possui competência exclusiva para realizar estudos de AAI das diversas bacias hidrográficas do Brasil (não havendo de se falar em omissão por parte da ré); (iii) compete exclusivamente à EPE, em conjunto com o Ministério do Meio Ambiente, opinar acerca da priorização do estudo das bacias hidrográficas do país; (iv) presumem-se legítimos os atos administrativos praticados; (v) a eventual decisão de procedência poderá ter efeito multiplicador; (vi) a substituição da energia hidráulica por outras fontes poderá gerar grave risco ambiental; e (vii) há a necessidade de reconsideração da medida liminar deferida, em razão da existência de *periculum in mora* inverso (fls. 239/267).

A União noticiou no feito a interposição do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu parcialmente o pedido emergencial (fls. 320/327).

O Estado de São Paulo apresentou sua contestação, alegando, preliminarmente, incompetência absoluta do Juízo, e, no mérito, a ausência de perigo de dano ao meio ambiente e da prescindibilidade legal da AAI (fls. 334/348).

A ANEEL apresentou sua defesa, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade *ad causam*, e, no mérito, após exposição de sua competência e atribuições, defendeu a inexigibilidade de AAI como requisito para a aprovação dos estudos de inventário hidrelétrico e a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados. Pugnando pela improcedência do feito, ressaltou a ocorrência de eventuais prejuízos caso os pedidos autorais sejam acolhidos (fls. 611/619-verso).

A CETESB apresentou contestação às fls. 1.580-1.626.

A Agência Nacional de Águas – ANA informou não ter interesse em integrar a relação jurídico-processual (fl. 2034).

A União apresentou sua contestação, alegando, preliminarmente, inexistência de causa de pedir em relação ao ente federativo e, ainda, ilegitimidade, tendo o IBAMA legitimidade para figurar no polo passivo. No mérito, defendeu, em suma, a inexistência de exigência legal para a elaboração de AAI (fls. 2039/2053).

Termo de audiência de tentativa de conciliação acostados às fls. 2074/2077.

Prorrogou-se para 12 meses o prazo concedido para cumprimento da medida liminar (fl. 2109).

Atribuiu-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 0018692-03.2015.403.0000, interposto pela EPE, determinando-se, ainda, o apensamento dos agravos de instrumento nº 0019903-74.2015.403.0000, 0018665-20.2015.403.0000 e 0018255-59.2015.403.0000 (fls. 2111/2122).

Atribuiu-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 0018255-59.2015.403.0000, interposto pela ANEEL (fls. 2124/2136).

Atribuiu-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 0019903-74.2015.403.0000, interposto pela União (fls. 2147/2157).

Atribuiu-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 0018665-20.2015.403.0000, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo.

SF Produção de Energia Elétrica Ltda. e PB Produção de Energia Elétrica Eirelli – ME notificaram a interposição do recurso de agravo de instrumento nº 0024625-54.2015.403.0000 (fls. 2194/2218).

SF Produção de Energia Elétrica Ltda. e PB Produção de Energia Elétrica Eirelli – ME apresentaram contestação, pugnando pela improcedência do feito, sob alegação, em suma, de que houve a realização de estudo prévio de impacto ambiental, e de que as licenças ambientais emitidas pela CETESB não padecem de qualquer irregularidade (fls. 2246/2296).

Houve a apresentação de réplica às fls. 2695/2754.

Em decisão saneadora, afastou-se a alegação de incompetência absoluta da Justiça Federal, arguida pelo Estado de São Paulo, assim como restou afastada a alegação de ilegitimidade passiva da União e da ANEEL. Fixaram-se os pontos controvertidos da demanda, quais sejam, (1) a necessidade de se realizar a AAI do Rio Pardo e, por conseguinte, da Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema, antes de ser autorizada a instalação das PCHs citadas na exordial; (2) atribuição da corré EPE em realizar o referido AAI e sua utilização pelos órgãos ambientais; (3) quem é responsável por custear os valores necessários para realização do AAI; e (4) qual o tempo médio necessário para sua realização (Id 6573144, p. 01/06).

O Estado de São Paulo requereu a suspensão do processo até o final do julgamento do recurso de agravo de instrumento em que se levou a questão atinente à incompetência do Juízo Federal para análise e julgamento do feito (Id 6573144, p. 11).

SF Produção de Energia Elétrica Ltda. e PB Produção de Energia Elétrica Eirelli – ME apresentaram embargos de declaração (Id 6573144, p. 13, 6573145, p. 01/03), que foram rejeitados (Id 6575671, p. 05/08).

A CETESB informou não ter interesse na produção de outras provas (Id 6573145, p. 05/07).

O Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal, em manifestação, ponderaram que deveria ser fixado o prazo de 04 (quatro) anos para a realização do AAI (Id 6573147, p. 01/12, 6573148, p. 01/13).

Tendo em vista o v. acórdão proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que reconheceu a incompetência absoluta da 1ª Vara Federal de Ourinhos para processar a presente ação civil pública, determinou-se sua remessa para uma das Varas Federais da Subseção Judiciária de São Paulo (Id 6575653, p. 07).

O feito foi distribuído para a 10ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo.

A ANEEL reiterou os termos da contestação e de sua manifestação anterior, pugnando pelo reconhecimento da sua ilegitimidade passiva ou, no mérito, pela improcedência do pedido.

O Ministério Público Federal requereu o julgamento antecipado da lide.

SF Produção de Energia Elétrica Ltda. e PB Produção de Energia Elétrica Eirelli – ME apresentaram manifestação, na qual pleiteiam o julgamento antecipado da lide.

Intimado o Ministério Público Federal requereu o julgamento antecipado do mérito com a concessão da tutela provisória de urgência por ocasião da prolação da sentença.

O Senhor Hamilton Morgado requereu o seu ingresso nos autos como *amicus curiae*, que foi indeferido.

É o relatório.

II. Fundamentação:

Preliminarmente, consigna-se que a questão relativa à competência já foi objeto de decisão de instância superior, quando foi reconhecido o presente foro como o competente.

A respeito da legitimidade passiva, na medida em que é postulada a declaração de invalidade de atos da ANEEL, exsurge manifesta a sua legitimidade passiva.

Por outro lado, nenhum pedido foi deduzido em desfavor da União, não emergindo sua legitimidade passiva para toda e qualquer causa envolvendo o setor hidrelétrico, ainda que o ente federal detenha competência administrativa para exploração direta ou indireta nos termos do art. 21, XII, b, da CF/88. Também não enseja o reconhecimento da legitimidade *ad causam* a possibilidade de responsabilidade por danos ambientais quando inexistente pleito nesse sentido e dessa natureza.

Por isso, reconheço a ilegitimidade passiva da União.

Isso posto, passo diretamente ao cerne da controvérsia.

Primeiramente, cumpre distinguir dois instrumentos de proteção ambiental diversos, a saber, o AAI (Avaliação Ambiental Integrada) e o EIA (Estudo de Impacto Ambiental).

A distinção entre um e outro constitui-se em medida fundamental para a compreensão da causa.

O AAI é instrumento mais recente do que o EIA, constitui-se em meio para aferição do impacto global de empreendimentos do setor hidrelétrico e foi previsto no Manual de Inventário Hidrelétrico das Bacias Hidrográficas em sua edição de 2007. Assim foi definida no respectivo documento:

2.3.7 Avaliação Ambiental Integrada

A alternativa de divisão de queda selecionada nos Estudos Finais deverá ser objeto de uma Avaliação Ambiental Integrada com o objetivo de destacar os efeitos cumulativos e sinérgicos resultantes dos impactos socioambientais negativos e positivos ocasionados pelo conjunto de aproveitamentos que a compõem, identificados durante a elaboração dos Estudos Preliminares e incorporados na seleção da alternativa nos Estudos Finais. Esta avaliação busca identificar as áreas de fragilidade e de potencialidade da bacia estudada e deverá envolver a elaboração dos cenários futuros de desenvolvimento da bacia, conforme descrito no item 6.5. Como resultado, deverão ser elaboradas diretrizes a serem incorporadas nos futuros estudos socioambientais dos aproveitamentos hidroelétricos, visando subsidiar o processo de licenciamento ambiental, bem como as recomendações para a implantação dos futuros aproveitamentos.

O AAI consiste em medida de proteção ambiental própria do setor elétrico e que diz respeito à respectiva gestão do setor. Trata-se de análise mais ampla e, por isso, mais superficial do que o EIA no que tange aos impactos de determinado empreendimento.

O instrumento, apesar de relevante, emerge do intuito de planejar e orientar a atuação dos agentes envolvidos na manutenção e expansão do setor hidroelétrico brasileiro, não se podendo considerar o Manual como um texto a emanar normas cogentes, especialmente quando se trata de PCHs.

Do objetivo do estudo colhe-se:

Este Manual de Inventário Hidroelétrico de Bacias Hidrográficas tem por objetivo apresentar um conjunto de critérios, procedimentos e instruções para a realização do inventário do potencial hidroelétrico de bacias hidrográficas.

O potencial hidroelétrico de uma bacia hidrográfica, referido neste Manual, corresponde ao potencial que pode ser técnico, econômico ou socioambientalmente aproveitado, levando-se em conta um cenário de utilização múltipla da água na bacia em estudo.

E da aplicação declarada no próprio Manual extrai-se:

Este Manual pretende orientar os estudos necessários para o Inventário Hidroelétrico de uma bacia hidrográfica, em qualquer região do País. Em cada situação real, dever-se-á analisar as características da bacia considerada, adaptando-se a metodologia preconizada ao caso em estudo, da forma mais eficiente e pragmática, considerando-se as especificidades de cada caso e mediante consulta ao órgão responsável pela aprovação dos Estudos de Inventário.

Recomenda-se o estudo integrado da bacia hidrográfica, identificando a possível regularização hidrológica plurianual, de modo a garantir a maximização da sua eficiência econômico-energética.

De uma maneira geral, este Manual só é aplicável a bacias com aproveitamentos de porte superior ao de Pequenas Centrais Hidroelétricas (maior que 30 MW). Ressalta-se que nas bacias que contemplem aproveitamentos com porte superior a 30 MW e alguns de menor porte, estes também devem ser incluídos no Estudo de Inventário.

Diferentemente do EIA, não se trata de requisito para a obtenção de licença ambiental, ainda que, uma vez realizado, sirva de subsídio ao gerenciamento do sistema de licenciamento ambiental.

O EIA, por outro lado, é requisito para a obtenção de licença ambiental quando houver potencial risco de significativa degradação ambiental (art. 225, § IV, da CF/88). Sobre o EIA, assim dispõe os artigos 5º e 6º da Resolução 01/86 do CONAMA:

Art. 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;

II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade ;

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;

IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.

Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental o órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município, fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos para conclusão e análise dos estudos.

Art. 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

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.

III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados).

Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto Ambiental o órgão estadual competente; ou o IBAMA ou quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área.

Nota-se, assim, que o EIA e seu respectivo relatório de impacto ao meio ambiente (RIMA) constitui-se em requisito para a obtenção de licença ambiental quando a atividade for potencialmente geradora de significativo impacto ambiental e que sua confecção não se dá tendo em vista apenas o estado atual do entorno ou seus efeitos isolados, mas sim qual a perspectiva de externalidades que possam vir a ser causadas no meio socioeconômico, tendo em vista sua interação com outros fatores a ensejar efeitos cumulativos e sinérgicos.

Obviamente, o que se espera é uma prognose, não um juízo de certeza, pois não se pode conhecer de antemão todos os efeitos do empreendimento. A análise devida deve ser fundamentada, embasada em dados fidedignos os quais, ao passar por interpretação metodologicamente rigorosa, permite um juízo razoavelmente capaz de antecipar a maior parte dos principais efeitos da ação que se almeja realizar.

Da distinção entre o AAI e o EIA – e respectivo RIMA – já se depreende que o primeiro não se constitui em requisito para o licenciamento ambiental e que se trata, na verdade, de instrumento mais amplo de implementação de política pública energética.

No sentido da impossibilidade de condicionar-se o licenciamento ao AAI, veja-se julgamentos do Superior Tribunal de Justiça:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 2.702):

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO TIBAGI.

AValiação Ambiental Integrada. Suspensão do Procedimento Avaliatório.

PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. INOBSERVÂNCIA DE METODOLOGIA DEFINIDA EM SENTENÇA. NÃO VERIFICAÇÃO.

1. Nos termos do artigo 267, VI, do CPC, extingue-se o processo, sem resolução de mérito, “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

2. Embora o autor pretenda, com a demanda, em pedido inicial, a suspensão do procedimento relativo à “Avaliação Ambiental Integrada (AAI) da Bacia do Rio Tibagi”, firmara termo de transação, em autos de ação civil pública distinta, estabelecendo parâmetros para a realização de seminários públicos, previstos como etapas inicial e final do estudo pertinente à AAI. Na hipótese, evidencia-se a perda superveniente do interesse de agir, notadamente por força dos conceitos parcelares da boa-fé objetiva (dentre eles, por certo, o adágio *non venire contra factum proprium*).

3. A sentença paradigmática ventilada pelo requerente (como norte interpretativo do adequado procedimento de Avaliação Ambiental Integrada) não precisou metodologia específica para os estudos avaliatórios. Dessa forma, desde que atingido o fim de proteção da norma individualizada no dispositivo sentencial, não há que se falar em insuficiência do projeto de Avaliação Ambiental Integrada levado a efeito pela entidade atribuída, por meio de procedimento licitatório próprio.

4. O condicionamento da realização da AAI à observância de critérios fixados pelo SISNAMA, em normatização ainda inexistente, acaba por postergar indefinidamente a instalação de empreendimento hidrelétricos na Bacia do Rio Tibagi (para cujo licenciamento exigem-se estudos particularizados, mas contundentes).

5. Apelação improvida.

Embargos de declaração acolhidos para fins de prequestionamento (fl. 2.732).

O recorrente aponta negativa de vigência aos arts. 14, V, 267, VI, e 475-I, do CPC/1973 alegando a necessidade de se obstar que o demandado realize a Avaliação Ambiental Integrada (AAI) da Bacia do Rio Tibagi ao argumento de que a AAI não atende ao estabelecido na sentença proferida nos autos da ACP n. 1999.70.01.007514-6, que determina a Avaliação de Impacto Ambiental de Natureza Estratégica (AAE), por compreender requisitos que permitiriam avaliar mais amplamente os impactos ambientais decorrentes da implantação dos barramentos, situação essa que demonstra que não houve perda do objeto, remanescendo o interesse de agir do MPF.

Contrarrazões da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), a fls. 2.774-2.812, apontando inexistência de prequestionamento, óbice da Súmula 7/STJ, inexistência de violação dos artigos legais citados, ausência de interesse de agir e que o STJ, nos autos da Suspensão de Segurança n. 1.863, suspendeu os efeitos da antecipação de tutela deferida nos autos da ACP n. 1999.70.01.007514-6.

Contrarrazões do IBAMA, a fls. 2.814-2.829, consignando ausência de prequestionamento, incidência do óbice da Súmula 7/STJ, ausência de interesse de agir e ilegitimidade passiva do IBAMA e que a metodologia desenvolvida pela EPE é muito segura (fls. 2.828/2.829).

Contrarrazões da União, a fls. 2.833-2.873, destacando que, em face da transação realizada entre o MPF e a EPE, o pleito se encontra prejudicado, houve perda do objeto por inexistir interesse de agir apto no caso e AAI já realizada, óbice da Súmula 7/STJ, e decisão de suspensão da segurança pelo STJ.

Decisão de admissibilidade à fl. 2.877.

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 2.906-2.909, pelo provimento do recurso especial. É o relatório. Decido.

Registra-se que os recursos interpostos com fulcro no CPC/1973 sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo 2 do Plenário do STJ.

O acórdão recorrido dispôs (fls. 2.693-2.6700, com grifos nossos):

O Ministério Público Federal, irresignado com o procedimento adotado pela EPE para a realização dos destacados seminários, ajuizara a ação civil pública n. 5011563.17.2011.404.7001, oportunidade em que, em um primeiro momento, foram suspensos os respectivos atos, por decisão antecipatória de tutela.

No entanto, em março de 2012 as partes transigiram nos autos da mencionada demanda, acordando acerca dos procedimentos a serem observados, inclusive com o levantamento da suspensão outrora determinada judicialmente.

Por conta disso, segundo entendo, estando os estudos da “Avaliação Ambiental Integrada da Bacia do Rio Tibagi” já na etapa final dos seminários públicos (na forma acordada entre Ministério Público Federal e EPE), não vejo razão para o reconhecimento da deficiência metodológica adotada (com aptidão para suspender o seu processamento), notadamente porque os seminários - que privilegiam o acesso dos interessados a projetos eminentemente públicos, em observância à dialeticidade própria da Administração Pública democrática - possibilitarão amplo debate sobre eventuais e possíveis deficiências estruturais no estudo até então realizado.

Em hipóteses tais, tenho que o acolhimento do pedido principal acaba por representar indevida intervenção judicial em questão de política administrativa, em evidente antecipação da judicialização de políticas públicas protetivas ao meio ambiente - sem que exista dado concreto a indicar a viabilidade/necessidade dessa interferência gravosa.

Destarte, forçoso reconhecer a perda ulterior de objeto do requerimento em apreço, seja por vedação aos preceitos parcelares da boa-fé objetiva (que vedam comportamento contraditório das partes e do próprio Poder Judiciário), seja por inexistir interesse de agir apto a alavancar uma intervenção judicial no caso telado, na forma do artigo 267, VI, do CPC, [...] De acordo com o Ministério Público Federal, o contexto de realização da “Avaliação Ambiental Integrada da Bacia do Uruguai, replicada pela EPE para outras Bacias, incluindo a do Tibagi, “distancia-se substancialmente das diretrizes fixadas na sentença proferida na Ação Civil Pública n. 1999.70.01.007514-6, para a Bacia do Tibagi”.

Não lhe assiste razão, porém.

A sentença proferida nos autos da ação civil pública n. 1999.70.01.007514-6 contém a seguinte fundamentação, no que importante para o deslinde do feito ora em análise:

[...] Como se percebe, nem a sentença nem o acórdão reproduzidos estabeleceram, de modo preciso, uma metodologia a ser observada na “Avaliação Ambiental Integrada da Bacia do Rio Tibagi”, limitando-se a positivar a “necessidade da elaboração de um estudo global de impacto ambiental que considere a bacia hidrográfica do Rio Tibagi como unidade territorial, levando em conta o conjunto das barragens propostas e toda a extensão do território paranaense afetado (Avaliação Ambiental Integrada - EIA/RIMA), inclusive para avaliar a viabilidade do uso da bacia hidrográfica do Rio Tibagi para produção de energia”.

Exatamente por isso, não visualizo qualquer prejuízo no estudo levado a efeito por meio do Edital de Licitação, modalidade Concorrência, CO-EPE n. 001/2008, mormente se considerada a viabilização da efetiva participação popular no seio do procedimento técnico - circunstância que afasta qualquer alegação apriorística de impropriedade da metodologia empregada.

Registre-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, nos autos da Suspensão de Liminar e Segurança n. 1.863, afastou a exigência de avaliação ambiental integrada previamente ao licenciamento de Usinas Hidrelétricas na Bacia do Rio Tibagi, tendo em vista que a própria construção dos empreendimentos hidrelétricos na localidade não está sendo planejada sem estudos de impacto ambiental.

[...] Nesse esteira de raciocínio, entendo que assiste razão ao IBAMA quando afirma que “a estimativa utilizada pelo estudo, além de seguir o termo de referência, foi altamente conservadora, tomando em consideração o impacto de todos os empreendimentos, de sorte a poder obter as melhores estimativas de eventuais danos ambientais e sociais, pois, em se assumindo a consecução de todos os empreendimentos, tem-se, com maior clareza, uma estimativa de

todos os possíveis impactos, de sorte que se subsidie uma decisão de gestão bem escorada em cenários de maior relevo” (ev. 64, CONT1, pg. 8).

Dessa forma, ao término da instrução processual, não se verificou incompatibilidade entre a sentença proferida nos autos de Ação Civil Pública nº 1999.70.01.007514-6 e a AAI da Bacia do Tibagi desenvolvida pela EPE, nos moldes propostos na Concorrência nº CO-EPE 001/2008. Por primeiro, o recorrente não se contrapõe aos fundamentos adotados no acórdão recorrido para reconhecer a ocorrência da ausência de interesse de agir e da perda do objeto da ação (o MPF e a EEP transigiram para acertar os procedimentos a serem observados, a suspensão da segurança da ACP citada pelo STJ; a AAI está na sua fase final e foi realizada de forma bem técnica e ampla a contemplar as melhores estimativas de eventuais danos ambientais e sociais) - pontos esses capazes por si sós de manter o resultado do julgado, motivo pelo qual, à falta de impugnação específica, mantém-se incólume a fundamentação expendida, tornando inadmissível o recurso que não a impugnou. Aplicação da Súmula n. 283/STF.

Por segundo, a conclusão quanto à perda do objeto e à ausência do interesse de agir deu-se com esteio nos elementos fático-probatórios dos autos, motivo pelo qual a pretensão recursal incide o óbice da Súmula 7/STJ.

Por terceiro, quanto aos arts. 14, V, e 475-I, do CPC/1973, diante da fundamentação constante do acórdão recorrido, tem-se que o recorrente não demonstra efetivamente em que medida a Corte de origem teria incorrido na suposta vulneração, o que inviabiliza a exata compreensão da controvérsia e impede o conhecimento do recurso especial por deficiência na argumentação recursal, a teor da Súmula 284/STF.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se. (STJ, REsp 1514444, julg. 27.02.2018)

Igualmente decidiu o TRF1:

CONSTITUCIONAL, AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. UHE BELO MONTE. PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. ESTUDOS DE INVENTÁRIO HIDRELÉTRICO DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO XINGU. AVALIAÇÃO AMBIENTAL INTEGRADA. PRECEDÊNCIA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA VIGENTE À ÉPOCA. MANUAL DE INVENTÁRIO HIDRELÉTRICO DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO XINGU, EDIÇÃO 2007. INAPLICABILIDADE. ESTUDO DE VIABILIDADE DA UHE BELO MONTE. CONCLUSÃO ANTERIOR À CONFEÇÃO DO EIA/RIMA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU INFRALEGAL. ACEITE DO EIA/RIMA DA UHE BELO MONTE. ANTIJURIDICIDADE NÃO VERIFICADA. ESTUDO SOBRE OS ÍNDIOS CITADINOS. ANÁLISE PELA FUNAI. SENTENÇA MANTIDA. I ? A implantação do Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, restou autorizado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 788/2005, cujo art. 1º previu a necessidade de desenvolvimento de estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que fossem julgados necessários, dentre eles a chamada Avaliação Ambiental Integrada ? AAI da Bacia do Rio Xingu. II - O § 2º do art. 5º da Lei nº 9.074/95 prevê que ?nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do ?aproveitamento ótimo? pelo poder concedente, podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo?. Em razão da atribuição da ANEEL para definir o aproveitamento ótimo de que trata o dispositivo supracitado, foi editada a Resolução nº 393, de 4 de dezembro de 1998, atualmente revogada, que estabelece os procedimentos gerais para registro e aprovação dos estudos de inventário hidrelétrico de bacias hidrográficas, bem como a Resolução nº 398, de 21 de setembro de 2001, também revogada, que estabelece os requisitos gerais para apresentação dos estudos e as condições e os critérios específicos para análise e comparação de Estudos de Inventários Hidrelétricos, visando a seleção no caso de estudos

concorrentes. Da última Resolução acima citada, é possível extrair que os Estudos de Inventários Hidrelétricos deveriam ter como referência o Manual de Inventário Hidrelétrico de Bacias Hidrográficas, edição 1997, disponibilizado na ANEEL. De tal Manual não constava, por seu turno, a exigência de que a AAI fosse parte integrante dos citados Estudos de Inventários Hidrelétricos, que somente passou a existir a partir do Manual editado em 2007. Dessa forma, e considerando, ainda, que o citado Manual, versão ano 2007, somente foi publicado em dezembro de 2007, bem como que o Estudo de Inventário da Bacia do Rio Xingu, conforme alegado pela ANEEL e devidamente comprovado, foi entregue em data anterior, 31/10/2007, não há como reputar inválido o Despacho nº 2.756/2008, que aprovou os Estudos de Inventário Hidrelétrico do Rio Xingu sem a apresentação da AAI. III ? O ciclo de implantação de uma usina hidrelétrica compreende cinco etapas, conforme destacado no Manual de Inventário Hidroelétrico de Bacias Hidrográficas ? Edição 2007, atualmente vigente, elaborado pela Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético do Ministério de Minas e Energia, compreendendo as fases de Estimativa do Potencial Hidroelétrico, Inventário Hidroelétrico, Viabilidade, Projeto Básico e Projeto Executivo. A etapa da Viabilidade, segundo o mesmo Manual, é aquela ?na qual são efetuados estudos mais detalhados, para a análise da viabilidade técnica, energética, econômica e socioambiental que leva à definição do aproveitamento ótimo que irá ao leilão de energia. Os estudos contemplam investigações de campo no local e compreendem o dimensionamento do aproveitamento, do reservatório e da sua área de influência e das obras de infra-estrutura locais e regionais necessárias para sua implantação. Incorporam análises dos usos múltiplos do água e das interferências socioambientais? (página 24). Do mesmo Manual extrai-se, ainda, a informação de que, ?com base nesses estudos, são preparados o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) de um empreendimento específico, tendo em vista a obtenção da Licença Prévia (LP), junto aos órgãos ambientais? (página 24). O que se verifica, pois, pelo menos em tese, a partir da interpretação do quanto disposto no Manual de Inventário Hidroelétrico de Bacias Hidrográficas, é que, após os estudos de viabilidade técnica, energética, econômica e socioambiental, que definem o aproveitamento ótimo que irá ao leilão de energia, é que serão preparados o EIA e o RIMA de um empreendimento, objetivando a obtenção da Licença Prévia junto aos órgãos ambientais. IV ? Nada obstante, não se pode ignorar que o procedimento de licenciamento ambiental de obras do setor de geração de energia elétrica é regido pela Resolução CONAMA nº 6, de 16 de setembro de 1987, de cujo art. 4º é possível verificar que, ?na hipótese dos empreendimentos de aproveitamento hidroelétrico, respeitadas as peculiaridades de cada caso, a Licença Prévia (LP) deverá ser requerida no início do estudo de viabilidade da Usina; [...]?. Da leitura de seu Anexo constata-se, ademais, que a fase de Licença Prévia de Usinas Hidrelétrica deve ser instruída com o requerimento de Licença Prévia, a Portaria MME autorizando o Estudo de Viabilidade, o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) sintético e integral, quando necessário, e cópia da publicação de pedido na LP. Apenas por ocasião da Licença de Instalação é que, conforme disposto na Resolução supracitada, se passa a exigir o Relatório do Estudo de Viabilidade, fase na qual, conforme visto acima, já fora apresentado o RIMA sintético e integral, que deve instruir a etapa da Licença Prévia. O RIMA, por seu turno, reflete as conclusões do estudo de impacto ambiental, a teor do art. 9º da Resolução CONAMA nº 1/1986, de modo que a Resolução nº 6/1987, ao prever que a concessão da Licença Prévia dependerá, dentre outros, do RIMA, pressupõe a realização do EIA. V ? Dessa forma, e por não haver determinação expressa, na legislação de regência do procedimento de licenciamento ambiental de obras do setor de geração de energia elétrica, de que o Estudo de Viabilidade seja anterior ao EIA, mas apenas de que, por ocasião da Licença Prévia, deve haver a instrução do procedimento com Portaria do MME autorizando o Estudo de Viabilidade do empreendimento, não há razão jurídica para a reforma da sentença recorrida, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos. VI ? A Instrução Normativa IBAMA nº 184, de 17 de julho de 2008, alterada pela IN IBAMA nº

14/2011, prevê, em seu art. 8º, que, instaurado o processo de licenciamento prévio, o empreendedor deverá providenciar o envio de proposta de Termo de Referência ? TR para elaboração do Estudo Ambiental, com base no Termo de Referência Padrão da tipologia específica do empreendimento, disponibilizado no site do IBAMA/Licenciamento. Prevê seu art. 15, por seu turno, que ?O EIA e o RIMA deverão ser elaborados pelo empreendedor em conformidade com os critérios, as metodologias, as normas e os padrões estabelecidos pelo TR definitivo aprovado pela Diretoria de Licenciamento Ambiental ? DILIC?. VII ? O art. 18 da IN 184/2008 dispõe acerca do aceite, pelo IBAMA, do EIA/RIMA apresentado, procedimento formal de verificação do atendimento, ou não, do TR. Já a análise do mérito do EIA/RIMA está prevista no art. 20 da mesma instrução normativa, sendo que seu § 1º permite a complementação dos estudos, pelo empreendedor. A diferenciação entre os exames de forma (conformidade do EIA/RIMA com o TR) e de mérito do EIA/RIMA faz-se necessária, no caso concreto, na medida em que o MPF alega que o IBAMA, na fase de verificação do atendimento, pelo empreendedor, do quanto determinado no TR, permitiu a complementação de documentos em momento posterior, o que não se admite, já que tal complementação somente é possível quando do exame de mérito dos estudos. VIII ? Nada obstante o quanto alegado pelo MPF, o exame atento dos documentos acostados aos autos revela que o aceite do EIA/RIMA dado pelo IBAMA ocorreu em conformidade com a legislação de regência, sendo certo que, em relação a cada uma das exigências constantes do Parecer nº 29/2009, que havia apontado a existência de inconsistências, houve a devida justificativa acerca do cumprimento ou do acatamento das justificativas apresentadas pelo empreendedor. Tendo o órgão ambiental, de forma fundamentada e clara, reputado suficientes os documentos ou as justificativas apresentadas pelo empreendedor, concluindo pela possibilidade de concessão do aceite ao EIA/RIMA, expondo os motivos pelos quais chegou a essa conclusão, não se vislumbra qualquer antijuridicidade no respectivo ato, não havendo como, também sob essa ótica, reformar a sentença recorrida. IX ? Não se antevê qualquer ofensa aos princípios da participação popular e da publicidade, vez que a autarquia ambiental, competente para o exame do processo de licenciamento ambiental, concluiu que a linguagem utilizada no RIMA, de maneira geral, pode ser considerada adequada ao entendimento das comunidades interessadas. X ? Não prospera, outrossim, a alegação do MPF de que o EIA/RIMA não contempla o estudo sobre os índios citadinos. O art. 21 da Instrução Normativa nº 184/2008 determina que aos órgãos envolvidos no licenciamento será solicitado posicionamento sobre o estudo ambiental em 60 dias, devendo a FUNAI e a Fundação Palmares ?identificar e informar possíveis impactos sobre comunidades indígenas e quilombolas?, bem como ?se as medidas propostas para mitigar os impactos são eficientes?. Dessa forma, não é de atribuição do IBAMA analisar o mérito dos estudos em relação aos índios citadinos, mas sim da FUNAI, que, por seu turno, se manifestou favoravelmente à realização das audiências públicas, fase seguinte ao aceite do EIA/RIMA, conforme comprova o Ofício nº 184/2009/PRES-FUNAI, de 10/6/2009, juntado aos autos. XI ? Tendo o IBAMA, nos limites de sua atribuição, considerado que os estudos relacionados à população indígena foram realizados e fizeram parte do RIMA, não podendo avançar no exame de mérito dos mesmos, não há qualquer antijuridicidade a ensejar o acolhimento da pretensão ministerial. Não bastasse isso, é preciso lembrar que os atos impugnados pelo Ministério Público Federal referem-se ao início do procedimento de licenciamento ambiental da UHE Belo Monte, que, por sua vez, encontra-se em operação, contando com a Licença de Operação desde novembro/2015, fato notório, não mais havendo qualquer utilidade prática na pretensão ministerial. XII ? Recurso de apelação interposto pelo MPF a que se nega provimento. (TRF1, 0025779-77.2010.4.01.3900, julg. 23.04.2018)

Já do exposto, depreende-se que a ausência de AAI não se constitui em causa de nulidade das licenças ambientais concedidas por não se constituir em requisito jurídico ao ato de concessão de licença ambiental.

Mesmo que o AAI fosse de realização cogente, ainda assim da inércia estatal decorreria a ilicitude das licenças já deferidas e das que vierem a ser, pois da omissão do ente público não pode emergir prejuízo ao particular inocente, mormente quando postulada licença ainda em 2006, antes mesmo do advento do instrumento do AAI que surgiu apenas em 2007.

Mesmo em um hipotético cenário legislativo, onde o AAI fosse um imperativo ao Administrador Público, extrair da ausência de AAI efeitos aos licenciamentos ambientais, mormente com efeitos retroativos, consiste em medida odiosa a infirmar qualquer espécie de proteção à segurança jurídica em suas dimensões objetiva e subjetiva, violando, a mais não poder, o ato jurídico perfeito e da confiança legítima, desconstruindo a eficácia jurídica de tudo quanto, na visão dos autores e sem prova alguma disso, poderia colocar em risco o meio ambiente.

Assim, a ausência de AAI não macula as licenças já deferidas e não pode condicionar a concessão de outras.

Por outro lado, a possibilidade de concessão de ordem jurisdicional a compelir a feitura do AAI, por sua vez, ainda que em tese possível, esbarra na inviabilidade de obrigar-se a realização de medida que está sujeita a juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública que, tendo recursos limitados, escolhe, em juízo político, qual a melhor aplicação dos mesmos, elegendo quando e como valer-se do AAI. Enquanto instrumento de política socio-ambiental dentro da política de aproveitamento energético de recursos hídricos, seu uso é efetivado à luz das possibilidades concretas e direcionamentos próprios da Administração do setor, descabendo ao Poder Judiciário obrigar sua efetivação quando nada indica sua cogência.

Somente em uma situação de evidente omissão do Poder Público, quando a inação seria desproporcional por proteção claramente deficiente, poder-se-ia cogitar de obrigação jurídica de realização de AAI a ser exigida pela via judiciária, mas com certeza não é o caso dos autos, pois aqui se tem em vista PCHs – e não grandes hidrelétricas - o que revela inexistir negligência estatal no ponto. Como já apontado *supra*, o próprio documento onde está previsto o AAI aponta que seu foco não é a instalação de PCHs, veja-se novamente:

De uma maneira geral, este Manual só é aplicável a bacias com aproveitamentos de porte superior ao de Pequenas Centrais Hidroelétricas (maior que 30 MW). Ressalta-se que nas bacias que contemplem aproveitamentos com porte superior a 30 MW e alguns de menor porte, estes também devem ser incluídos no Estudo de Inventário.

Isso porque a proibição de proteção deficiente, uma das faces da proporcionalidade, deve ser judicialmente reprimida quando há “insuficiência manifesta de proteção estatal”¹ e quando, diante de um imperativo de tutela, tem-se uma omissão globalmente considerada caracterizadora da ausência de um mínimo de proteção ao direito fundamental².

Diante da instalação de PCHs e na medida em que o EIA/RIMA deve contemplar, obrigatoriamente, os efeitos cumulativos e sinérgicos, não há como ver-se o meio ambiente como um bem jurídico desconsiderado na falta da AAI.

Não se tem nas circunstâncias dos autos aquela situação de inoperância a revelar que um direito fundamental foi simplesmente ignorado ou protegido de forma pífia.

1 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191.

2 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016, p. 117-120.

Por isso, não se pode condenar qualquer dos réus a realizar o AAI.

Assim, cumpre examinar se os EIAs realizados cumprem o art. 6º, II, da Resolução 01/86 do CONAMA, cuja redação é a que segue:

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.

Em parecer técnico no qual órgão da CETESB concluiu favoravelmente à concessão de licença prévia à PCH São Francisco no processo de licenciamento ambiental 13.520/2006) consta expressamente que a análise dos efeitos cumulativos e sinérgicos foi realizada:

Ressalta-se que também foram avaliados os principais e potenciais impactos cumulativos relacionados à erosão e assoreamento, alteração da qualidade da água, impactos à flora e fauna, impactos sobre a infraestrutura municipal, e impactos socioeconômicos, considerando a implantação das PCHs Ponte Branca, Niágara, Santana e Figueira Branca. (fl. 1.818 dos autos físicos)

Também à fl. 2.545 dos autos físicos:

Ainda segundo o EIA, são previstos outros aproveitamentos no rio Pardo indicados no Estudo de Inventário Hidrelétrico aprovado pela ANEEL. Dentre estes, quatro foram analisados mais atentamente por conta da proximidade com o empreendimento em tela: PCH Ponte Branca: PCH Niágara, Figueira Branca e Santana, todos situados a jusante e na ordem em que aparecem.

A CETESB considerou a necessidade de realização do EIA/RIMA com a consideração sinérgica e cumulativa de outras PCHs em relação à PCH Ponte Branca, tendo assim se manifestado em parecer técnico nos autos do processo de licenciamento ambiental 13.626/2006:

O EIA/Rima deverá considerar impactos cumulativos e sinérgicos de sua implantação e operação com os demais empreendimentos previstos para serem implantados no rio Pardo (PCHs Figueira Branca, Niágara e Santana), e em especial com a PCH São Francisco, em estudo para se implantar imediatamente a montante desta PCH. (fl. 1.914 dos autos físicos)

Apresentar a *avaliação* dos impactos cumulativos e sinérgicos dos empreendimentos, considerando os meios físico, biótico e socioeconômico. Considerar também outros empreendimentos no mesmo corpo d'água e/ou seus afluentes (PCHs Figueira Branca, Niágara e Santana), além dos impactos da PCH São Francisco. (fl. 1.920 dos autos físicos)

E à fl. 2.378 (dos autos físicos) a CETESB assevera no que tange à PCH Ponte Branca terem sido considerados os impactos cumulativos e sinérgicos de outras PCHs:

Ressalta-se que também foram avaliados os principais e potenciais impactos cumulativos relacionados à erosão e assoreamento, alteração da qualidade da água, impactos à flora e

fauna, impactos sobre a infraestrutura municipal, e impactos socioeconômicos, considerando a potencial implantação das PCHs São Francisco, Niágara, Santana e Figueira Branca.

Compulsando-se os EIAs apresentados pelos empreendedores, observa-se, em diversas passagens, a ocorrência de apontamento dos potenciais efeitos cumulativos e sinérgicos, inclusive daqueles negativos, ou seja, daqueles que desfavoreciam as próprias solicitantes das licenças. Veja-se:

No presente EIA, será avaliado o caráter cumulativo e sinérgico dos possíveis impactos a serem produzidos pelas PCHs Ponte Branca, São Francisco, Niágara, Figueira Branca e Santana, inventariadas em sequência no rio Pardo, como explicitado no Capítulo 2. Optou-se por incluir a PCH São Francisco na análise pela proximidade com a PCH Ponte Branca e pela possibilidade de ocorrência de simultaneidade das obras e da operação destes aproveitamentos, uma vez que ambos encontram-se em processo de licenciamento ambiental prévio. (fl. 7.000 dos autos virtuais em ordem crescente)

Parte dos sedimentos desprendidos pelos possíveis solapamentos na zona de restituição das águas na PCH São Francisco certamente irá atingir as águas do reservatório da PCH Ponte Branca, a jusante, e assim por diante nas PCHs Niágara, Figueira Branca e Santana, podendo contribuir para o assoreamento e o acúmulo de argila em suspensão nestes ambientes idênticos. Soma-se a isto o fato dos solos da região em questão serem principalmente argilosos, o que pode favorecer o desencadeamento do processo. (fls. 7.004 e 7.005 dos autos virtuais em ordem crescente)

Considerando-se a implantação das cinco PCHs - Ponte Branca, São Francisco, Niágara, Figueira Branca e Santana, a previsão é de que ocorra supressão de uma área significativamente maior da vegetação natural no interior da bacia do Pardo, em comparação a implantação da PCH Ponte Branca apenas.

Por corolário, os impactos de diminuição de riqueza de espécies e de perda da variabilidade genética seriam agravados, sendo a aumentada a abrangência destes impactos. (fl. 7.007 dos autos virtuais em ordem crescente)

Não apenas em relação ao meio ambiente considerado em si mesmo, mas também em relação às opções de lazer e turismo foram apontadas as consequências sinérgicas e cumulativas, bastando ver o quanto aduzido a respeito da descida em boias pelo Rio Pardo:

A formação de reservatórios a jusante da PCH Ponte Branca, como por exemplo, as PCHs Santana, Figueira Branca e Niágara irão alterar as atuais propriedades do rio Pardo no trecho inundado, como velocidade do escoamento das águas e vazão, o que poderá alterar algumas atividades relacionadas ao uso potencial deste rio, como por exemplo, a navegação, a pesca e atividades turísticas ligadas ao rio.

Entre estas, a principal atividade atualmente realizada no rio Pardo e córrego do Capão Rico e a prática do Bóia Cross, conforme apresentado no diagnóstico deste Estudo, e que deverá ser inviabilizada pelo empreendimento.

O Bóia Cross consiste na descida de um trecho de 9 km do rio Pardo em câmeras de pneu, com início na cascata do Capão Rico e termino no Balneário Municipal, passando por 12 corredeiras, sendo explorada como fonte complementar de renda pelo Sr. Paulo Roberto Furigo, sobretudo no verão e em feriados, conforme detalhado anteriormente no item 7.4.15.

A descida do rio Pardo em bóias, neste mesmo trecho, também é realizada regularmente pela comunidade do município de Águas de Santa Bárbara, sobretudo aos finais de semana e no período de verão.

Considerando-se os demais projetos inventariados no rio Pardo, a jusante da PCH Ponte Branca, com destaque para a PCH Niágara pela proximidade do seu remanso em relação à PCH Ponte Branca, é provável que a atividade de descida do rio Pardo em boias seja inviabilizada no município de Águas de Santa Bárbara.

No entanto, a formação do reservatório irá possibilitar novos usos de lazer e recreação, tanto para a comunidade local, quanto para os turistas que atualmente frequentam o município de Águas de Santa Bárbara em função das Termas Hidrominerais, minimizando a magnitude deste impacto. (7.028 dos autos virtuais em ordem crescente)

A sobrecarga dos serviços públicos essenciais, dentre os quais o relativo à saúde, foi apontada:

Por outro lado, a implantação da PCH Ponte Branca atrairá, para a região um contingente de mão-de-obra pouco numeroso, porém significativo considerando as características demográficas da AID e a previsão de implantação do projeto co-localizado PCH São Francisco no mesmo período. Mesmo havendo a decisão de privilegiar a contratação de mão-de-obra local, prevê-se que, com o processo de mobilidade da força de trabalho, ocorra uma sobrecarga na demanda de alguns serviços básicos, dentre eles os serviços de saúde. (7.053 e 7.054 dos autos virtuais em ordem crescente)

O mesmo pode ser depreendido em relação à PCH São Francisco, sendo citados aqui, apenas exemplificativamente, excerto do EIA:

Considerando-se a implantação das cinco PHCs - Ponte Branca, São Francisco, Niágara, Figueira Branca e Santana, a previsão é de que ocorra supressão de uma área significativamente maior da vegetação natural no interior da bacia do Pardo, em comparação e implantação da PCH São Francisco apenas.

Por corolário, os impactos de diminuição de riqueza de espécies e de perda da variabilidade genética seriam agravados, sendo a aumentada a abrangência destes impactos. (fl. 4.876 dos autos virtuais em ordem crescente)

Portanto, não é crível que a influência recíproca entre as PCHs tenha sido ignorada ao longo do processo de licenciamento ambiental das PCHs São Francisco e Ponte Branca. Não se trata de questão nova, que somente agora, após provocação dos autores, vem-se a debater, mas, muito antes pelo contrário, assunto sobre o qual discutiu-se intensamente ao longo do processo de licenciamento ambiental pelos envolvidos.

Houve um intenso debate sobre os impactos dos empreendimentos, inclusive a autoridade ambiental competente (CETESB) fez diversas exigências e estabeleceu um extenso rol de condicionantes que não sequer exauriram toda a análise necessária a efetiva aquiescência ao início do funcionamento das PCHs.

A CETESB possui a competência administrativa própria para o juízo a respeito da correção do EIA e manifestou-se, tanto no em relação À PCH São Francisco, quanto em face do pedido da PCH Ponte Branca, de modo favorável e fundamentado, após intenso debate sobre como fazer o referido estudo e não sem fazer exigências. Os atos administrativos concessivos foram fundamentados em pareceres técnicos e não decorreram da mera solicitação dos empreendedores.

Se a conclusão alcançada pela CETESB revelar-se-á ou não acertada, isso desborda da cognição que cabe ao Poder Judiciário.

Existe uma margem na qual a autoridade ambiental atua, pois a relação entre a atuação humana e o mundo circundante é complexa, decorrendo o juízo administrativo de uma análise holística que almeja abarcar os efeitos mais prováveis da atividade que se quer realizar naquela localidade. Dentro desse espaço de discricionariedade técnica, decorrente da análise do EIA e de outros elementos, descabe a intervenção do Poder Judiciário. Nesse sentido:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR INDEFERIDA. LICENÇA PRÉVIA COM BASE EM EIA-RIMA. OUTORGA DE LICENÇA AMBIENTAL. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO “SUI GENERIS”. CONTROLE JUDICIAL SOMENTE NA ESFERA DA LEGALIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

1 - LICENCIAMENTO VISTO SOB A ÉGIDE DO MEIO AMBIENTE CARACTERIZA-SE COMO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO REGRADO PELA DISCRICIONARIEDADE E RESTRIÇÕES.

2 - COMPETE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOPESAR SEGUNDO SEUS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE SE SERÁ OU NÃO CONCEDIDA A LICENÇA. MOSTRA-SE A CONCESSÃO DE LICENÇA EM MATÉRIA AMBIENTAL UMA DISCRICIONARIEDADE “SUI GENERIS” JÁ QUE SUA OUTORGA DEPENDE DA MOTIVAÇÃO CARREADA PELO EIA-RIMA.

3 - O CONTROLE SOBRE OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO SE DÁ NA ESFERA DA LEGALIDADE DO ATO PRATICADO. REFERIDO CONTROLE É POSSÍVEL DESDE QUE RESPEITE-SE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NOS LIMITES EM QUE ELA É ASSEGURADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA LEI.

4 - NÃO SE REFERE A INSURREIÇÃO DO I. ÓRGÃO MINISTERIAL À LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO, NÃO SENDO OUTROSSIM FORNECIDO AO JUÍZO ELEMENTOS QUE PERMITAM INFERIR TER A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA EXTRAPOLADO A DISCRICIONARIEDADE QUE LHE É ASSEGURADA.

5 - AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. (TRF3, Agravo de instrumento 0034252-87.1993.4.03.6100, julg. 14.06.2000)

Note-se, ainda, que as licenças ambientais são marcadas por uma implícita cláusula *rebus sic stantibus*, podendo ser revistas na medida em que as previsões revelarem-se em desacordo com os efeitos reais da ação humana na natureza. A licença está sujeita não apenas a prazo, mas a um contínuo e intenso processo de verificação da correção de sua concessão e manutenção.

Assim, muito longe se está de uma situação de inércia das autoridades envolvidas ou da iminência de implantação de empreendimentos de forma irresponsável a gerar efeitos irreversíveis. E igualmente não se pode vislumbrar qualquer infringência ao dever de precaução, pois diante da utilização dos meios próprios para apontar os efeitos socioambientais potenciais e em face do condicionamento da atividade à adoção de medidas mitigadoras e compensatórias, não se tem uma anuência que desconsidera os riscos, mas, muito pelo contrário, existe uma antecipação aos riscos e a previsão de como geri-los. Como bem ensina Juarez Freitas³:

A própria precaução, se e quando ruinosamente inflacionada, revela-se fator imobilizante que gera o pecado da omissão, em vez de vencê-lo. Precaução em demasia é não-precaução.

Exigir uma previsão de todo e qualquer efeito no ambiente, esperar a realização de AAI

3 FREITAS, Juarez. Princípio da Precaução: Vedação de Excesso e de Inoperância. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, jan./fev./2006, n. 35, p. 39.

em todo e qualquer curso d'água aproveitável energeticamente implicaria sério risco de comprometimento do fornecimento de eletricidade, não se podendo esquecer que o Brasil já teve que lidar, não muito tempo atrás, com racionamento de energia elétrica. Em nesse contexto desafiador, as PCHs surgiram, não como uma ameaça ambiental, mas como um promissor meio de expansão do sistema elétrico brasileiro.

Pela fundamentação exposta, os pedidos revelam-se improcedentes.

Dispositivo:

Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da União (art. 485, VI, do CPC) e quanto aos demais réus julgo os pedidos improcedentes (art. 487, I, do CPC).

Sem condenação dos autores ao pagamento de honorários⁴ e custas.

Com reexame necessário.

São Paulo, 25 de março de 2020.

Juiz Federal TIAGO BITENCOURT DE DAVID

4 Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Informativo 404): ACP. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MP. Na ação civil pública (ACP) movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei n. 7.347/1985. Segundo este Superior Tribunal, em sede de ACP, a condenação do MP ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o Parquet beneficiar-se de honorários quando for vencedor na ACP. Precedentes citados: AgRg no REsp 868.279-MG, DJe 6/11/2008; REsp 896.679-RS, DJe 12/5/2008; REsp 419.110-SP, DJ 27/11/2007; REsp 178.088-MG, DJ 12/9/2005, e REsp 859.737-DF, DJ 26/10/2006. EREsp 895.530-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, julgados em 26/8/2009.

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**5000639-81.2019.4.03.6131**

Autor: ALEX SANDRO VALENTINI DE LIMA

Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/02/2020

SENTENÇA*Vistos, em sentença.*

Trata-se de ação de conhecimento, de cunho condenatório, ajuizada sob procedimento comum, postulando a restituição de valores pagos pelo autor em decorrência de contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária habitacional, com alienação fiduciária em garantia. Sustenta a preambular que, razão de percalços pessoais que assolaram a organização da vida financeira do autor, este não teve como honrar os compromissos assumidos perante o contrato de financiamento para aquisição imobiliário firmado junto à ora ré. Que pretende conseguir o direito de restituir, ao menos parcialmente (90%), os valores que despendeu no curso da contratação, considerando que o imóvel foi retomado pela credora fiduciária, vendido a terceiros, e que a contratação não trouxe qualquer benefício ao requerente, assistindo-lhe, portanto, o direito de repetir aquilo que pagou no curso da contratação. Junta documentos.

A decisão registrada sob o id n. 21312047 deferiu os benefícios da assistência judiciária gratuita e determinou a citação da requerida.

A ré, devidamente citada, apresenta contestação (id. 22622029), alegando, em preliminar, a impossibilidade de cancelamento da consolidação da propriedade, bem assim de eventual purgação da mora contratual, em face da venda do imóvel a terceiro de boa-fé; quanto ao mérito, sustenta a plena legalidade do procedimento de consolidação da propriedade do bem objeto da contratação em mãos da credora fiduciária, razão pela qual não há o que restituir em favor do antigo mutuário. Pugna pela improcedência do pedido.

Réplica sob id. 24109228.

As partes foram intimadas para especificar provas (id n. 23207311). A requerida postula o julgamento antecipado da lide (id. 23392183) e o autor nada requer.

O autor informa que está sendo cobrado dos valores condominiais (id. 25114884) pretendendo incluir os valores a tanto respectivos na condenação aqui em causa. A CEF apresentou manifestação (id. 26604417).

Vieram os autos conclusos para julgamento.

*É o relatório.**Decido.*

O feito encontra-se em termos para julgamento, porquanto todas as provas necessárias ao deslinde da causa já se encontram presentes nos autos, não havendo nenhuma outra especificamente requerida pelas partes que não tenha sido atendida pelo juízo. Com estas considerações, passo à análise do litígio estabelecido nos autos.

Antes que se adentre à matéria de mérito adversada em lide, será necessário explicitar que a lide não se devota – como da inicial claramente de depreende – a postular anulação do ato administrativo que consolidou a propriedade do imóvel objeto do contrato em mãos da credora fiduciária, e nem a conseguir prazo suplementar para purgação da mora em que, confessa abertamente a inicial, incidiu o mutuário. O ponto discutido em lide é bastante diverso: assume o promitente comprador que, decerto em função de percalços pessoais que assolaram a organização de sua vida financeira, não teve como honrar os compromissos assumidos perante o contrato de financiamento para aquisição imobiliário firmado junto à ora ré. A ação não se destina a reativar a eficácia dessa pactuação entre as partes litigantes, a ou, eventualmente, emendar a mora que, nela, haja se configurado. O objeto da lide é discutir a possibilidade de, em tendo o desfazimento do contrato sido decorrência de um fato de interesse exclusivo do mutuário, conseguir o direito de restituir – ao menos em parte – os valores que despendeu no curso da contratação, considerando que o imóvel foi retomado pela credora fiduciária, vendido a terceiros, e que a contratação não trouxe qualquer benefício ao requerente, assistindo-lhe, portanto, o direito de repetir aquilo que pagou no curso da contratação.

Nessas circunstâncias, estão, d.m.v., mal visualizadas as preliminares articuladas pela ré em sua contestação. Isto porque, diversamente do que ali se alega, não se trata de questionar a validade do ato de consolidação da propriedade em mãos da ré, ou de apresentar emenda de mora após a venda do imóvel a terceiros. O objeto da lide é diverso, voltado a discutir, exclusivamente, a possibilidade de repetição do indébito no contrato estipulado entre os litigantes. Assim, por incompatibilidade entre o alegado pela ré e a pretensão deduzida pela parte promovente, *rejeito* ambas as preliminares.

No que se refere à postulação do autor encartada sob o id n. 25114884, em que informa estar sendo cobrado, pelo condomínio em que se acha localizada a unidade autônoma aqui em questão, de valores referentes a IPTU e taxas condominiais, mediante processo judicial em tramitação junto à *E. 1ª Vara Cível da Justiça Estadual da Comarca de Botucatu*, não há – *nem mesmo em tese* – como deferir o pedido do requerente no sentido de agregar tais valores ao pedido de condenação dirigido em face da ora requerida, não apenas porque a exigência não foi feita pela requerente (não havendo como condenar a CEF, em repetição, por valores que ela não recebeu do postulante), mas também porque tais fatos são alheios a este processo, derivam de outras fontes, se encontram em discussão em outras sedes jurisdicionais, não comportando discussão no âmbito do feito aqui vertente, mesmo porque se mostra incabível o aditamento do pedido inicial, quando já encerrada a fase de instrução (cf. *art. 329, II do CPC*). Por tais razões, *não conheço* do que consta do requerimento registrado sob o id n. 25114884.

Com tais considerações, encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Não há outras preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades e/ ou irregularidades a suprir ou sanar, o feito está em termos para receber julgamento. É o que se passa a fazer.

Quanto ao mérito, a pretensão deduzida pelo requerente é procedente não resta dúvida. O tema da restituição – ao mutuário – de valores despendidos por conta de contrato de financiamento para aquisição de unidade imobiliária desfeito por interesse exclusivo deste último encontra-se, atualmente, fixado por orientação jurisprudencial cristalizada em Súmula do *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*. Nesse sentido:

Súmula 543 E. STJ:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo

promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento (g.n.).

No caso, o mutuário promovente assume, abertamente, que o contrato acabou desfeito em razão de impedimento financeiro de sua parte, postulando, em razão disso, restituição parcial daquilo que despendeu na avença. A única questão a ser observada nesse ponto particular é que – em casos que tais – a jurisprudência de nossa Corte Superior entende possível a retenção de *até 25%* sobre o valor bruto despendido pelo promitente comprador, avaliando-se os prejuízos eventualmente suportados com as despesas administrativas de divulgação, comercialização e corretagem, bem assim o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pelo comprador, admitida a validade da cláusula contratual que transfere esse ônus ao mutuário da casa própria. Nesse sentido, indico precedente do *C. STJ*:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. DESFAZIMENTO DA AVENÇA POR INTERESSE EXCLUSIVO DO ADQUIRENTE. RESTITUIÇÃO PARCIAL E IMEDIATA DOS VALORES PAGOS. SÚMULA Nº 543 DO STJ. PERCENTUAL DE RETENÇÃO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A ORIENTAÇÃO FIRMADA NO STJ (ENTRE 10% E 25%). APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 568 DO STJ. COMISSÃO DE CORRETAGEM. VALIDADE DA CLÁUSULA QUE TRANSFERE A OBRIGAÇÃO AO ADQUIRENTE DO IMÓVEL (TEMA 938). CONTUDO, REFERIDA VERBA JÁ SE ACHA INCLUÍDA NO PERCENTUAL DE RETENÇÃO (15%) FIXADO NA ORIGEM. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

“1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de ser possível a retenção do índice entre 10% e 25% dos valores pagos quando houver resolução do compromisso de compra e venda por interesse exclusivo do promitente comprador, bem como veda a revisão do valor estabelecido nesta circunstância, por implicar reexame de matéria fático-probatória. No caso concreto, o Tribunal cearense fixou o percentual em 15% dos valores pagos, com base na suficiência reparatória do montante arbitrado.

3. Esta Corte reconhece a “validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem” (REsp 1.599.511/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Segunda Seção, j. 24/8/2016, DJe 6/9/2016, julgado sob o rito dos recursos repetitivos - Tema 938).

4. O Magistrado, ao fixar o percentual a ser retido pelas vendedoras no caso do desfazimento do contrato por iniciativa do promitente comprador, deve avaliar os prejuízos suportados, notadamente com “as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador” (REsp nº 1.224.921/PR, Relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, j. 26/4/2011, DJe 11/5/2011). Caso em que a pretensão de retenção dos valores pagos a título de comissão de corretagem, além do percentual já fixado na origem (15% dos valores pagos), configuraria inegável enriquecimento ilícito da parte, o que é inadmissível.

5. Em razão da improcedência do presente recurso, e da anterior advertência em relação a incidência do NCPD, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPD, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

6. Agravo interno não provido, com imposição de multa” (g.n.).

[AIRES- AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1806095 2019.00.97461-6, MOURA RIBEIRO, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:21/11/2019].

No caso concreto, entretanto, observa-se da resposta apresentada que a requerida nada articula nesse sentido, limitando o espectro de sua resposta à alegação de que as cláusulas contratuais são válidas, que o procedimento de alienação do bem seguiu à legislação, o que, como visto, não é o objeto da lide em causa. A ré não esclarece, em momento algum, em quais gastos haveria incidido no curso da rescisão contratual, e, principalmente, em qual montante, de forma que a questão a tanto atinente se mostra acobertada pela preclusão processual, porquanto não agitada pela parte em sua resposta. Mais do que isso, a CEF não controverte os próprios valores que o autor pretende devidos em repetição, de forma que, nesse particular, devem ser havidos por representativos da verdade dos fatos, uma vez que não aptamente impugnados pela requerida (art. 341 do CPC). Insta observar, apenas, nesse ponto, que a documentação encartada com a inicial (id n. 16695335, pp. 320-333) faz prova indiciária dos pagamentos parciais efetivados pelo requerente, que, à míngua de impugnação específica da requerida nesse sentido – que sequer abordou o tema em contestação – devem ser tomados para fins de estabelecimento do valor postulado em repetição.

Nesses termos, há de se homologar, para efeitos de estabelecimento do montante pretendido em restituição, o valor apresentado pelo autor na petição inicial como representativo de todos os pagamentos feitos em razão do contrato de financiamento aqui em causa, que, já atualizados para a data do ajuizamento (isto é, 04/2019), alçam à importância de R\$ 118.299,11, com a retenção mínima de 10% a que se refere a orientação jurisprudencial aqui já comentada, uma vez que ausente comprovação de prejuízo da credora fiduciária em patamar superior a este. Como o que se pretende é a restituição de 90% desse valor – uma vez que a descontinuação do contrato operou no interesse exclusivo do mutuário, nos termos da Súmula n. 543 do C. STJ – o valor devido pela ré, em restituição, é de $[90\% \times 118.299,11] = R\$ 106.469,20$, em montante já atualizado para a data do ajuizamento da demanda em 04/2019.

Sobre o montante em aberto, incidirão juros de mora, a partir da citação, ao patamar de 1% ao mês (arts. 405 e 406, ambos do CC) até a data da efetiva liquidação do débito. Atualização monetária, observados os mesmos extremos temporais, na forma do Manual de Cálculos desta Justiça Federal da 3ª Região, com índices aplicáveis a ações dessa natureza.

É procedente, portanto, a pretensão anulatória desenhada na inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, CONDENO a ré (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF) a pagar ao autor (ALEX SANDRO VALENTINI DE LIMA), em restituição, o valor certo de R\$ 106.469,20, em montante atualizado para 04/2019. Sobre esse valor, incidirão juros moratórios, e atualização monetária na forma discriminada no corpo de fundamentação dessa sentença.

Arcará a ré, vencida, com o reembolso das custas e despesas processuais eventualmente adiantadas pelo autor, e mais honorários de advogado que, com fulcro no que dispõe o

art. 85, § 2º do CPC, estabeleço em 10% sobre o valor atualizado da causa, à data da efetiva liquidação do débito.

P.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5003967-57.2019.4.03.6183

Autora: MARCIA REGINA DE FARIA TRINDADE

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/03/2020

SENTENÇA

MARCIA REGINA DE FARIA TRINDADE, nascida em 19.03.1962, propôs a presente ação em face do *INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS* pleiteando o restabelecimento de auxílio-acidente (NB 079.434.997-8), requerido administrativamente em 03/03/85. Requereu os benefícios da gratuidade de justiça. Juntou procuração e documentos (fls. 08/61).

Concedidos os benefícios de assistência judiciária gratuita (fl. 63).

O INSS contestou a ação (fls. 64).

A parte autora apresentou réplica (fls. 86)

Realizada perícia médica na especialidade de ortopedia pelo Dr. Jonas Aparecido Borracini (fls. 92).

Intimadas sobre o conteúdo do laudo (fls. 105), as partes permaneceram silentes.

É o relatório. Passo a decidir.

Do mérito.

Passo a analisar os pressupostos para o benefício pretendido.

Benefícios previdenciários por incapacidade previstos no Regime Geral de Previdência Social – RGPS são decorrentes da incapacidade, total ou parcial, permanente ou temporária, do segurado para o trabalho. São benefícios por incapacidade o auxílio-doença a aposentadoria por invalidez e o auxílio-acidente.

O auxílio-doença é devido ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho por mais de quinze dias (art. 59 da Lei nº 8.213/91). A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado considerado incapaz total e permanente para a atividade remunerada (art. 42 da Lei nº 8.213/91). Por fim, o auxílio-acidente é concedido ao segurado que, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, ficar com incapacidade parcial e definitiva para o trabalho (art. 86 da Lei nº 8.213/91).

No caso concreto, alega a autora a incapacidade parcial para o trabalho em decorrência das sequelas de acidente automobilístico sem nexo de causalidade com o trabalho ocorrido em 23/03/80, ou seja, há mais de 40 anos.

Tal alegação foi ratificada pela perícia médica. O perito judicial, Dr. Jonas Aparecido Borracini, concluiu pela incapacidade parcial e permanente da autora em face das sequelas do acidente em 23/03/80, nos seguintes termos:

A pericianda encontra-se no pós-operatório tardio de fratura do fêmur esquerdo, tíbia direita e de tratamento conservador de fratura da clavícula esquerda, decorrente de acidente em 23/03/1980, que no presente exame médico pericial evidenciamos limitação da mobilidade do

joelho esquerdo, bem como hipotrofia da musculatura da coxa esquerda e encurtamento do membro inferior direito, portanto podemos caracterizar redução de sua capacidade laborativa, ou seja, incapacidade parcial e permanente.

Apesar da conclusão da perícia, o pedido é improcedente. Explico.

A previdência social tem como principal escopo o pagamento de benefício em caso de ocorrência de risco social previsto em lei. Assim, por exemplo, em caso de incapacidade total e temporária por mais de 15 dias (risco social), o segurado faz jus ao auxílio-doença (art. 59 da Lei nº 8.213/91). Se a incapacidade for total e temporária por 10 dias, tal risco social não está previsto em lei, logo o segurado não tem direito ao auxílio-doença.

As necessidades sociais são infinitas, mas os recursos são finitos. O legislador, com base no princípio da seletividade, elenca os riscos sociais a serem cobertos pela previdência social.

A concessão do benefício deve considerar a legislação em vigor na data de ocorrência do risco social.

No caso presente, o risco social que a autora pretende ter coberto pelo auxílio-acidente é a incapacidade parcial e permanente para o trabalho decorrente de um acidente não vinculado à atividade laboral ocorrido em 23/03/80.

No entanto, na época do acidente ou da consolidação das sequelas, não havia previsão legal de cobertura de tal risco social. Não havia a previsão legal do auxílio-acidente nos contornos hoje existentes na atual redação do art. 86 da Lei nº 8.213/91.

Na época, a proteção dos casos de sequelas decorrentes de acidentes estava restrita a acidentes de trabalho e não de qualquer natureza. Estava em vigor a Lei nº 6.367/76, que disciplinou o seguro de acidente de trabalho e respectivos benefícios. Em seu artigo 9º, a Lei nº 6.367/76, disciplinou o benefício que seria sucedido pelo auxílio-acidente, nos seguintes termos:

Art. 9º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como seqüelas definitivas, perdas anatômicas ou redução da capacidade funcional, constantes de relação previamente elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), as quais, embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, demandem, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal que corresponderá a 20% (vinte por cento) do valor de que trata o inciso II do Artigo 5º desta lei, observando o disposto no § 4º do mesmo artigo. Parágrafo único. Esse benefício cessará com a aposentadoria do acidentado e seu valor não será incluído no cálculo de pensão. (grifei)

Não havia, portanto, cobertura previdenciária para sequelas incapacitantes parcialmente decorrentes de acidente não vinculado ao trabalho.

A própria Lei nº 8.213/91, em sua redação original, limitava a abrangência do auxílio-acidente aos acidentes de trabalho. Confira o texto original do artigo 86:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido ao segurado, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente de trabalho, resultar sequela que implique:

- I – redução da capacidade laborativa que exija maior esforço ou necessidade para exercer a mesma atividade, independentemente, de reabilitação profissional;
- II – redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém, não o de outra, do mesmo nível de complexidade, após reabilitação profissional;

III - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém, não o de outra, do nível inferior de complexidade, após reabilitação profissional; (grifei)

Somente com o advento da Lei nº 9.032/95, que alterou o artigo 86 da Lei nº 8.213/91, a hipótese de concessão do auxílio-acidente deixou de ser restrita aos casos de acidente de trabalho, estendendo-se aos acidentes de qualquer natureza. No entanto, não se pode retroagir os efeitos da inovação legislativa para riscos sociais ocorridos antes de sua vigência.

Portanto, de acordo com a legislação previdenciária em vigor na data da ocorrência do acidente ou da consolidação das sequelas, não havia previsão legal de concessão de auxílio-acidente em caso de acidente de qualquer natureza, motivo pelo qual improcede o pedido por falta de amparo legal.

Diante do exposto, *julgo improcedente* o pedido e determino a extinção do processo com julgamento do mérito, com fundamento no art. 487, inciso I, do CPC.

Condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência de percentual de 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, § 4.º, III do CPC, cuja execução fica suspensa nos termos do art. 98, § 3.º, do CPC em face da justiça gratuita deferida.

Custas na forma da Lei.

Com o trânsito em julgado, remetam-se estes autos ao arquivo.

P.R.I.

São Paulo, 25 de março de 2020.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**5006932-06.2019.4.03.6119**

Autora: TALITA DORNELAS NEPOMUCENO

Ré: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP

Juiz Federal: ETIENE COELHO MARTINS

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 23/05/2020

SENTENÇA*1 - Relatório*

Talita Dornelas Nepomuceno ajuizou ação em face da *União – Fazenda Nacional* pedindo como tutela definitiva que seja afastada a exigência de lapso temporal de 2 anos para novo gozo da isenção de IPI para compra de veículo automotor. Em sede de antecipação dos efeitos da tutela, foi feito requerimento com o mesmo objeto.

A inicial relata que a autora, pessoa portadora de deficiência, adquiriu um veículo em outubro de 2018 com isenção de IPI, conforme art 1º, IV, da Lei 8.989/95. No mês seguinte, foi vítima de roubo, ocasião em que marginais armados subtraíram o seu carro. Tendo em vista o caso fortuito, requereu nova isenção de IPI para adquirir outro carro, tendo a Receita Federal do Brasil indeferido o seu pleito com fundamento no art 2º, da Lei 8.989/95 (Id. 21955159), o qual fixa o prazo mínimo de dois anos para o gozo de nova isenção de IPI. A inicial argumenta que tal vedação (lapso mínimo de dois anos) deve ser afastada em virtude do caso fortuito decorrente do roubo. As alegações foram instruídas com documentos junto com a inicial e petições atravessadas no decorrer da instrução.

Este juízo deferiu os benefícios da AJG. Foi determinado que a representante judicial da parte autora juntasse aos autos outros documentos essenciais à compreensão da controvérsia, sob pena de indeferimento da inicial (Id. 22112743). A autora, então, juntou petição com o boletim de ocorrência e da nota fiscal da compra do veículo roubado (Id. 22834615).

Decisão determinando que a parte autora informe se o veículo estava segurado e o valor pago pelo seguro (ou que será pago) (Id. 22872891). Em resposta, autora informou que o veículo era segurado, e que a seguradora pagou o valor de R\$ 63.997,20 (sessenta e três mil novecentos e noventa e sete reais e vinte centavos) (Id. 23172531).

Decisões determinando a intimação do representante judicial da demandante, para que apresente a cópia da apólice de seguro, para ser aferido o que foi exatamente segurado (Id. 23206545 e Id. 24043830).

Petição da autora requerendo a juntada da apólice do seguro (Id. 25381284).

Decisão indeferindo o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (Id. 25445149).

A União (Fazenda Nacional) apresentou contestação (Id. 29204665). Em suma, arguiu que inexistia previsão legal para o pleito autoral, já que o legislador não elencou o caso fortuito como excludente da regra que exige o prazo mínimo de dois para o gozo de nova isenção de IPI. Alegou também que a legislação regulando isenções devem ser interpretadas restritivamente, nos termos do art 111, II, do CTN. Por fim, requereu que o pleito fosse julgado improcedente.

Vieram os autos conclusos.

2 - Fundamentação

O feito não requer dilação probatória, razão pela qual é caso de aplicação do art 355, I, do CPC.

Inexistindo preliminares suscitadas, passo ao exame do mérito.

A parte autora possui deficiência física por ser portadora de sequela por trauma raquimedular (C6-C7), apresentando déficit motor do tipo tetraplegia completa, alteração de sensibilidade e disfunção esfinteriana, locomovendo-se através de cadeiras de rodas. As referidas moléstias encontram-se previstas no Código Internacional de Doenças CID-10, sob as identificações G. 82.4; X 93. O quadro clínico foi devidamente comprovado por meio do laudo de avaliação de deficiência física/laudo médico expedido pela Dra. Cristiane da S. Souza, inscrita no CRM n. 108.125.

Em outubro de 2018, a autora requereu os benefícios da Lei n. 8.989/1995, oportunidade em que lhe foi deferida a isenção de IPI. Na ocasião, adquiriu o veículo Renault Sandero St 2018/2019, Branco, Chassi: 93Y5SRFHDKJ656081, RENAVAM 1171658947, pagando o valor total de R\$ 43.028,88 (quarenta e três mil e vinte e oito reais e oitenta e oito centavos), conforme Nota Fiscal Eletrônica n. 760068 (Id. 22834618). Um mês após a aquisição do veículo, no dia 27.11.2018, por volta das 20h, na Rua Dario Carneiro, 100, Vila Julia, a autora foi abordada por 4 (quatro) indivíduos, dois deles portando arma de fogo, *os quais subtraíram o seu carro e pertences pessoais. O roubo foi registrado na Delegacia de Polícia de Poá*, conforme Boletim de Ocorrência n. 4.178/2018. Ao que tudo indica, o veículo não foi encontrado até o momento.

Diante do infeliz fortuito, *decidiu adquirir um novo veículo*, ocasião em que requereu administrativamente nova isenção do IPI (processo ADM n. 26000.076852/2019-80), nos termos do art 1º, IV, da Lei 8.989/95. *O requerimento foi indeferido pela Receita Federal do Brasil-RFB sob o argumento de que o gozo da isenção só pode ser exercido apenas uma vez a cada dois anos*, nos termos do art 2º, da Lei 8.989/95 (Id. 21955159). Assim, a autora deveria aguardar até 29.10.2020 para adquirir novo veículo isento de IPI. Na petição inicial, *argumenta-se que a situação é peculiar*, tendo havido caso fortuito ou força maior, em razão do roubo do veículo anterior, *o que justificaria uma exceção ao fundamento legal alegado pela Receita Federal*. Este argumento não encontra previsão legal, não obstante parte da jurisprudência tenha encampado a tese do caso fortuito para afastar o art 2º, da Lei 8.989/95. O mencionado dispositivo que fundamentou o indeferimento possui a seguinte redação:

Art. 2º A isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI de que trata o art. 1º desta Lei somente poderá ser utilizada uma vez, salvo se o veículo tiver sido adquirido há mais de 2 (dois) anos.

A União, em sede de contestação, argumenta que o lapso de dois anos para o gozo de nova isenção de IPI *visa “afastar a possibilidade de a isenção tributária ser utilizada como meio de enriquecimento por parte do contribuinte”*. Também aduz que inexistente previsão legal que excepcione a regra do art 2º, da Lei 8.989/95, quando da ocorrência de caso fortuito ou força maior. Não obstante o triste episódio do roubo, fato é que o legislador não criou exceções, razão pela qual o pleito autoral carece de fundamentação legal. Por fim, ressalta que as *hipóteses de isenção merecem interpretação restritiva*, tal como determina o art 111, II, do CTN:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

.....

II - outorga de isenção;

Não obstante tal previsão limitando o gozo de isenção de IPI dentro do prazo de dois anos, a *jurisprudência do STJ* vem entendendo que, em situações *de caso fortuito*, tal como roubo de veículo, *tal prazo não deve ser aplicado*. Os precedentes afirmam que o caso fortuito, o qual acarrete a perda do veículo em definitivo, coloca o proprietário na mesma situação anterior à primeira aquisição. Invoca-se o *Princípio da Dignidade da Pessoa* como um dos fundamentos para dar uma interpretação conforme a Constituição ao dispositivo (art 2º da Lei 8.989/95), de maneira a tutelar as pessoas portadoras de deficiência e não o inverso. A *interpretação literal*, tal como determina o art 111, II, do CTN, leva à penalização do proprietário, portador de deficiência, pela perda involuntária do bem. Em consequência, configura-se *óbice à ação afirmativa de inclusão das pessoas portadoras de deficiência*, a qual é o norte da isenção prevista no art 1º, da Lei 8.989/95. Como exemplo da jurisprudência neste sentido, cito o seguinte julgado proferido pelo STJ abaixo:

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA COM NECESSIDADES ESPECIAIS. LAPSO TEMPORAL DE DOIS ANOS PREVISTO NO ART. 20. DA LEI 8.989/1995 PARA AQUISIÇÃO DE NOVO VEÍCULO. EXCEÇÃO QUE DEVE SER AFASTADA DIANTE DO CASO CONCRETO. VEÍCULO ROUBADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE EM PROL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O art. 2º da Lei 8.989/1995 restringe a isenção do IPI ao limite temporal de dois anos para a aquisição de novo veículo automotor.

2. O Tribunal local afastou a limitação temporal do art. 2º da Lei 8.989/1995, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e em razão de motivo de força maior, tendo em vista que o veículo do recorrido havia sido roubado, tratando-se, ademais, de pessoa portadora de atenções especializadas.

3. A orientação dessa Corte é que a Lei 8.989/1995 não pode ser interpretada em óbice à implementação de ação afirmativa para inclusão de pessoas com necessidades especiais (REsp. 567.873/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 25.02.2004, p. 120).

4. Recurso Especial desprovido.

(REsp 1390345/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 07/04/2015)

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, as últimas decisões acompanham o precedente acima fixado no STJ. A título de exemplo, colaciono a decisão abaixo proferida pela 4ª Turma do TRF 3ª Região:

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO. LEI Nº 8.989/95. DEFICIENTE FÍSICO. SINISTRO DE VEÍCULO. PERDA TOTAL. LAPSO TEMPORAL PARA NOVO BENEFÍCIO. DESNECESSIDADE. SENTENÇA PROFERIDA EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO C. STJ. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. A questão relativa à limitação temporal da isenção prevista no art. 2º da Lei nº 8.989/95 não alcança os casos decorrentes de sinistro com a perda total do automóvel, na hipótese dos autos, conforme decidido pelo MM. Juízo “a quo” na linha do entendimento predominante do C. STJ.

2. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a Lei 8.989/1995 não pode ser interpretada em óbice à implementação de ação afirmativa para inclusão de pessoas com necessidades especiais, de forma que o lapso temporal para a concessão da isenção do IPI, na aquisição de veículo automotor, deve ser interpretado de maneira a satisfazer o caráter humanitário da política fiscal, bem como de impedir sua utilização para fins de enriquecimento indevido.” (REsp 1737568/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 19/09/2018, DJe 24/09/2018)

3. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(A p R e e N e c - A P E L A Ç Ã O / R E E X A M E N E C E S S Á R I O / S P
5003548-63.2017.4.03.6100 – 4ª Turma - 14/01/2020)

Entretanto, o presente caso se trata de uma exceção a tal entendimento. Conforme Id. 23172531, a parte informou que o veículo roubado estava seguro, tendo sido pago à autora o valor de R\$ 63.997,20 (sessenta e três mil novecentos e noventa e sete reais e vinte centavos). O valor ressarcido pela seguradora correspondeu ao preço médio do carro no mercado em 2018 segundo a tabela FIPE (Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas). O cálculo deste preço médio leva em conta todos os custos suportados pelos proprietários de veículos, incluindo, portanto, o IPI e demais tributos eventualmente incidentes. *Note-se que este valor ressarcido pela seguradora é cerca de R\$ 20.000,00 a mais do que o montante pago pelo veículo roubado à montadora -- R\$ 43.028,88* (quarenta e três mil e vinte e oito reais e oitenta e oito centavos). Assim, embora a autora não tenha pago o IPI na compra, cerca de R\$ 6.676,80 (seis mil e seiscentos e setenta e seis reais e oitenta centavos), *este montante foi incorporado ao seu patrimônio por meio do ressarcimento pago pela seguradora.*

Se aplicarmos o entendimento jurisprudencial ao presente caso, a autora incorrerá em enriquecimento sem causa. A concessão de nova isenção de IPI, no prazo inferior a dois anos, autorizará que ela *incorpore o montante equivalente a duas vezes o valor do IPI.* Isto porque o IPI referente ao primeiro veículo já foi pago pela seguradora, e o IPI referente ao segundo veículo (o qual ela está pleiteando isenção no momento) será embolsado quando de sua venda futuramente. De fato, esta não foi a intenção do legislador e nem da jurisprudência.

Destaco que *a situação que a jurisprudência excepciona é aquela em que houve a perda do veículo por caso fortuito (por exemplo, roubo) sem qualquer contrapartida financeira.* Ou seja, o proprietário portador de deficiência perde o seu patrimônio definitivamente sem culpa. No presente caso, contudo, inobstante o caso fortuito, houve contrapartida financeira por força de um contrato de seguro, de maneira que *o patrimônio da autora não só foi recuperado, mas também acrescido em cerca de R\$ 20.000,00.* Veja que o caso da autora é semelhante ao da alienação do veículo dentro do período de dois anos, situação em que não se autoriza nova isenção, segundo a jurisprudência.

Por fim, embora a presente conclusão privilegie uma interpretação literal do art 2º, da Lei 8.989/95, ela não destoia da orientação constitucional que visa proteger as pessoas portadoras de deficiência. E também não se contrapõe ao entendimento jurisprudencial de que se deve prestigiar as ações afirmativas de inclusão dessas pessoas. Ao contrário, a conclusão aqui exposta identifica uma situação distinta aos precedentes existentes, uma vez que *a autora, de posse do valor ressarcido pela seguradora, terá condições de comprar o mesmo veículo sem precisar desembolsar qualquer valor extra.* Esse é o entendimento mais adequado para que se possa evitar enriquecimento sem causa.

Assim sendo, no caso em apreço não vislumbro direito da parte autora.

3 - Dispositivo

Diante do exposto, *JULGO IMPROCEDENTE* o pedido da autora, resolvendo o mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

A autora é isenta do pagamento de custas processuais, porquanto beneficiário da AJG.

Condene a autora ao pagamento dos honorários de advogado, no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (art. 85, § 2º, CPC), por reputar ser o mais adequado e justo, tendo em vista (i) o zelo do advogado com a causa; (ii) o reduzido trabalho do patrono da parte ré (restrito,

basicamente, a uma única peça), o que impõe, por si, a definição de montante que seja moderado; (iii); a baixa complexidade da demanda, a qual não exigiu a elaboração de uma tese nova; (iv) o tempo dispensado; (v) o valor estar compatível com a noção de dignidade remuneratória, e, a um só tempo, com a necessidade de mínima proporcionalidade com o benefício econômico gerado pelo trabalho dos causídicos.

No entanto, sopesando que a demandante é beneficiária da AJG, benefício que ora concedo, a cobrança remanescerá sob condição suspensiva de exigibilidade, cabendo ao credor demonstrar que houve superação da situação de insuficiência de recursos, no prazo de 5 (cinco) anos (art. 98, § 3º, CPC).

Publicada e registrada eletronicamente. Intimem-se.

Guarulhos, 22 de maio de 2020.

Juiz Federal ETIENE COELHO MARTINS

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL

5000819-96.2020.4.03.6120

Impetrante: DICINA INDÚSTRIA E COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE TABACOS LTDA - ME

Impetrados: PROCURADOR DA PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL EM ARARAQUARA, UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM ARARAQUARA - SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/05/2020

SENTENÇA

I — RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Dicina Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Tabacos Ltda contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil em Araraquara, com pedido de liminar, por meio do qual a impetrante requer a prorrogação dos vencimentos, a partir deste mês, dos parcelamentos de tributos federais firmados no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil e Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e dos tributos federais, no que concerne à contribuição previdenciária relativa à cota patronal, retomando-se, sem os efeitos da mora, o vencimento das parcelas mensais dos parcelamentos e dos tributos a partir de outubro do corrente ano.

Em resumo, a impetrante narra que sua atividade foi afetada pelas medidas extraordinárias implementadas pela União, Estado de São Paulo e Município de Araraquara para o combate da pandemia do COVID-19. Alega que a contenção da atividade econômica afetará seu fluxo de caixa, prejudicando ou até inviabilizando o pagamento das obrigações tributárias, sobretudo dos parcelamentos em curso.

Apontou que a PGFN baixou ato suspendendo os procedimentos tendentes à exclusão dos parcelamentos, mas não afastou a obrigação de pagar as parcelas. Por ora, o diferimento no pagamento de tributos só alcançou as empresas do Simples, regra que deve ser estendida às demais empresas, em homenagem ao princípio da isonomia.

Realça que segue em vigor portaria do ano de 2012 que suspende o pagamento de obrigações tributárias a contribuintes sediados em locais abrangidos por decreto estadual de calamidade pública, o que por si só asseguraria o diferimento dos tributos por 90 dias.

Invocou também a teoria do fato do príncipe, pois as dificuldades que impedem o cumprimento das obrigações tributárias resultam de ações promovidas pelo Poder Público. Destacou que recentes decisões do STF postergaram o pagamento da dívida pública dos estados, justamente por conta das notórias dificuldades de caixa dessas unidades da federação, problema que também afeta as empresas privadas.

A liminar foi indeferida (Num. 30431530). A impetrante agravou dessa decisão (Num. 30921125). Contudo, em consulta à página do TRF da 3ª Região, verifiquei que o pedido de tutela recursal foi negado (AI 5008329-90.2020.4.03.0000).

A autoridade impetrada (Num. 30848415) e a União (Num. 30435472) apresentaram manifestações que em linhas gerais se assemelham no conteúdo, no sentido da denegação

da ordem. Realçaram que o acolhimento da pretensão resultaria em indevida intromissão do Poder Judiciário na esfera de atuação da Administração.

O Ministério Público Federal apenas informou que a natureza da questão discutida dispensa sua intervenção (Num. 30976035).

É a síntese do necessário.

II — FUNDAMENTAÇÃO

Tomo como ponto de partida os argumentos expostos na decisão que indeferiu a liminar:

É fato notório que a propagação da pandemia do COVID-19 impôs a adoção de medidas drásticas para evitar a propagação descontrolada do vírus. Tais medidas de contenção interferem de forma direta na economia, que de um lado sofre um movimento de retração provocado pela conjugação da interdição de inúmeras atividades com a política de isolamento social e de outro pressiona as contas públicas pelos gastos extraordinários com saúde e assistência social.

O caráter universal das medidas de restrição à atividade econômica recomenda o prestígio às políticas implementadas pelas autoridades centrais, o que se dá também pelo exercício da contenção judicial. Mais do que nunca, é preciso dar um voto de confiança aos técnicos que manejam a complexa equação que visa equilibrar as demandas de saúde e assistência social com a realidade orçamentária. Dito em uma linha, o momento contraindica a inventividade pretoriana. Não se ignora o rigor das medidas que incentivam o isolamento social, bem como o potencial de dano à economia. Porém, esse é remédio amargo que pretende evitar um cenário ainda mais sinistro, que é o das mortes em cascata que fatalmente ocorrerão se o sistema de saúde colapsar — vide o que se passa na Itália, que já acumula mais de 11.500 mortes desde 21 de fevereiro por conta da COVID-19, inventário que não considera os inúmeros óbitos por outras enfermidades que poderiam ser evitados se os pacientes recebessem o tratamento adequado, caso a capacidade hospitalar não estivesse exaurida. Logo, a despeito da relação de causa e efeito entre o desaquecimento da economia e as restrições impostas pelo Estado, é imprópria a invocação da denominada teoria do fato do príncipe.

Também não procede a pretensão de diferir o pagamento das obrigações com base na Portaria PGFN 12/2012, que prorroga as datas de vencimento de tributos federais devidos por contribuintes domiciliados nos municípios abrangidos por decreto estadual que tenha reconhecido calamidade pública. Embora ainda em vigor, a norma regula situação diversa da que ocorre por conta da pandemia do COVID-19.

A portaria invocada pela impetrante beneficia sujeitos passivos que são afetados por acontecimento local, que não afeta contribuintes domiciliados em áreas não abrangidas pela calamidade pública. Por aí se vê que o favor fiscal tem o objetivo de conferir tratamento isonômico a contribuintes que, por circunstâncias alheias e imprevisíveis, enfrentam entraves econômicos que não afetam os concorrentes estabelecidos em outras regiões. No caso da emergência do COVID-19, contudo, as políticas de contenção atingem a todos de forma indistinta. Embora em aspectos secundários as medidas implementadas pelos estados e municípios se diferenciem uma das outras, as restrições às atividades econômicas são praticamente as mesmas em todo o território nacional; — por exemplo, do Oiapoque ao Chuí não há nenhum shopping center em funcionamento, sequer um cinema, teatro ou museu está com as portas abertas.

De mais a mais, considerado o caráter universal da situação de calamidade pública, a aplicação da regra de diferimento no recolhimento das obrigações tributárias veiculada pela Portaria PGFN 12/2012 poderia, no limite, paralisar a arrecadação tributária por três meses, o que fatalmente levaria ao colapso da Federação.

Também não procede o pedido de suspensão das obrigações tributárias nos termos do modelo trazido pela Resolução 152/2020 do Comitê Gestor do Simples Nacional, que diferiu o pagamento das obrigações do Simples vencidas entre março, abril e maio para, respectivamente, outubro, novembro e dezembro de 2020. A medida tem por destinatários empresas de menor porte, que pre-

sumivelmente têm mais dificuldades em atravessar a tormenta do que os empreendimentos mais robustos. Logo, a extensão da norma para empreendimentos que não se enquadram no Simples materializaria a antítese da isonomia, vale dizer, implicaria tratar de forma igual empresas muito diferentes umas das outras, ao menos na perspectiva que inspirou a edição do benefício fiscal. Melhor sorte não assiste à impetrante quando invoca as recentes decisões do STF que suspenderam a dívida pública de alguns estados da Federação, uma vez que o paralelo não é adequado. A uma porque ainda não se pode afirmar que tais decisões expressam o entendimento da Corte em relação à matéria, já que ambas são decisões monocráticas, proferidas em sede de liminar pelo mesmo ministro. E a duas porque as hipóteses são bastante distintas, uma vez que naquele caso a decisão transfere os recursos de um orçamento público para outro, ao passo que neste mandado de segurança o pedido implica em desidratar o orçamento público com o propósito de socorrer empresa privada. Reforçando que uma coisa são alhos e outra bugalhos, cumpre destacar que as decisões do Ministro Alexandre de Moraes condicionam a moratória à aplicação dos recursos na emergência de saúde pública, dado que determinam que o Estado autor comprove que “os valores respectivos estão sendo integralmente aplicados na secretaria da saúde para o custeio das ações de prevenção, contenção, combate e mitigação à pandemia do coronavírus (COVID-19)”.

Tudo o que foi dito até aqui poderia ser aplicado indistintamente a qualquer contribuinte que invocasse as mesmas teses desfiadas na inicial. Ocorre que o caso ostenta duas peculiaridades que reforçam o indeferimento da inicial, ambas relacionadas à atividade principal da impetrante. A primeira é que as medidas de contenção adotadas pelo Estado de São Paulo e pelo Município de Araraquara não interditaram as atividades industriais. Ou seja, ao menos até o momento a exploração do ramo de produção de cigarros e afins não foi alvo de restrições pelo Poder Público. Até aqui, os ramos mais abalados pelas medidas de fomento ao isolamento social são os vinculadas ao comércio varejista e à prestação de serviços, e ainda assim com a ressalva das atividades essenciais, como os supermercados, farmácias, oficinas e postos de combustíveis. E a segunda (que é desdobramento da primeira) é que a autora atua em nicho onde o aspecto fiscal possui especial relevância, que transcende o mero interesse arrecadatário. A magnitude da carga tributária incidente sobre o mercado tabagista é tamanha que qualquer desoneração nesse campo se reveste em vantagem que abala a concorrência. Tanto é assim que esse é um dos poucos negócios em que o inadimplemento fiscal pode levar à interdição da atividade pelo Poder Público (art. 2º, II do Decreto-lei 1.593/1977). Tal circunstância recomenda especial cautela na concessão de medidas que resultem na desoneração da carga tributária de empresas que atuam no ramo de fabricação de cigarros.

Penso, hoje, como pensava ontem, reforçada minha convicção pelos argumentos expostos nas informações da autoridade impetrada, na manifestação da União e na decisão que negou a tutela recursal, proferida pelo Desembargador Federal Antônio Cedenho.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, DENEGO A SEGURANÇA extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Sem honorários advocatícios, em face do disposto no artigo 25, da Lei 12.016/09.

Custas pela impetrante.

Caso interposto recurso, intime-se a contraparte para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Comunique-se a prolação da sentença ao Gabinete do Desembargador Federal Antônio Cedenho, relator do AI 5008329-90.2020.4.03.0000.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- Vide CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUÍZAS- DOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

¹ **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se

refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de 1/2 salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a 1/2 salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região