REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XIX - N. 138 - JULHO / SETEMBRO DE 2018 - ISSN 1982-1506

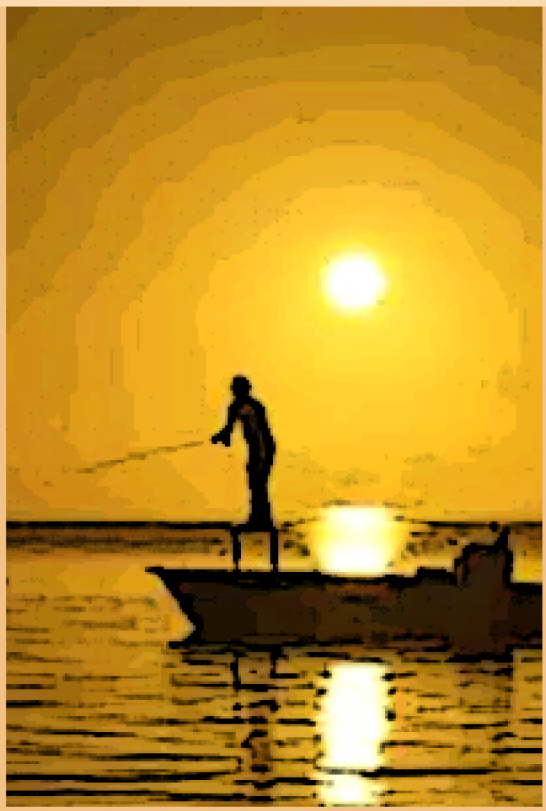
Autonomia do direito urbanístico e seus princípios fundamentais

Alexandre Levin



A soberania popular e as restrições à capacidade eleitoral passiva: o Brasil na contramão da evolução democrática ocidental

Gabriela Shizue Soares de Araujo



Serviço público de combate a incêndio e taxas

Leonardo de Medeiros Fernandes

A relação de causalidade no Direito e na natureza: breve estudo sobre a legitimidade da imputação do resultado danoso

Tiago Bitencourt De David

O seguro-desemprego do pescador profissional artesanal: dúplice perspectiva do defeso – proteção das espécies e dignidade do segurado especial

Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal André Nekatschalow

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 XIX	n. 138	p. 1-511	Jul./Set. 2018

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal André Nekatschalow

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Maria José Lopes Leite / Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

Bimestral a partir de 2001.
Trimestral a partir de julho de 2012.
Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

n. 1 (jan./mar. 1990) a n. 86 (nov./dez. 2007) [publicação impressa] - ISSN 1414-0586.
Continuada por: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região [publicação eletrônica] - n. 87 (jan./fev. 2008) a - ISSN 1982-1506.
Separata, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun. 2011) - nº 119 (out./dez. 2013).

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

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

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

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

DESEMBARGADORES FEDERAIS[1]

THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98 - Presidente[2]
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99 - Vice-Presidente[3]
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002 - 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
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011 [5]
PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
TÂNIA Regina MARANGONI - 04/10/2013
Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013
DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013
MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014
WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
ANA Lúcia Jordão PEZARINI - 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

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 05/09/2018.
[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
SOUZA RIBEIRO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

CECÍLIA MARCONDES
MAIRAN MAIA
NELTON DOS SANTOS - Presidente
ANTONIO CEDENHO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE - Presidente
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI - Presidente
FÁBIO PRIETO
CONSUELO YOSHIDA
JOHONSOM DI SALVO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO - Presidente
PAULO DOMINGUES
CARLOS DELGADO
INÊS VIRGÍNIA

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
LUIZ STEFANINI
TÂNIA MARANGONI - Presidente
DAVID DANTAS

NONA TURMA:

MARISA SANTOS
DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN - Presidente
ANA PEZARINI

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 28/02/2018)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Autonomia do direito urbanístico e seus princípios fundamentais
Alexandre Levin 15

O seguro-desemprego do pescador profissional artesanal: dúplice perspectiva do defeso – proteção das espécies e dignidade do segurado especial
Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho 41

A soberania popular e as restrições à capacidade eleitoral passiva: o Brasil na contramão da evolução democrática ocidental
Gabriela Shizue Soares de Araujo 61

Serviço público de combate a incêndio e taxas
Leonardo de Medeiros Fernandes 87

A relação de causalidade no Direito e na natureza: breve estudo sobre a legitimidade da imputação do resultado danoso
Tiago Bitencourt De David 99

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Militar. Pensão por morte. Ausência de prévia designação da dependente na relação de beneficiários declarada pelo falecido. Filiação que não consta nem mesmo da certidão de óbito. Certidão de nascimento lavrada apenas com declaração da mãe, em data posterior ao desquite do casal.
Ap 0035431-32.1988.4.03.6100
Desembargador Federal Souza Ribeiro 113

Acidente de trânsito. DNER. União Federal. Sucessora. Dano moral e material. Evento danoso e ato lesivo. Configurados. Nexo de causalidade. Demonstrado. Responsabilidade objetiva da administração pública federal. Configurada. Responsabilidade objetiva da empresa Sebo Sol Ltda. Configurada.
Ap 0709201-10.1996.4.03.6106
Desembargadora Federal Diva Malerbi 126

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Incidência do art. 10 da Lei nº 8.429/1992. Ilegalidades na contratação pelo município de organização da sociedade civil de interesse público bem como na execução do termo de parceria firmado entre a municipalidade e a aludida entidade do terceiro setor para a prestação de serviços médicos e odontológicos no âmbito do programa saúde da família.
Ap 0001850-03.2010.4.03.6117
Desembargadora Federal Mônica Nobre 132

Usucapião extraordinário. Terreno de marinha. Impossibilidade de usucapião de bens públicos.
Ap 0005429-90.2013.4.03.6104
Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....149

Responsabilidade civil do Estado. Cobrança de Imposto de Renda. Inscrição no CADIN. Indenização por danos morais. Culpa exclusiva da vítima.
Ap 0009860-25.2013.4.03.6119
Desembargador Federal Antonio Cedenho.....152

Atendimento bancário. Tempo de espera em fila. Valor da multa. Expressa previsão legal.
Ag Ap 0000378-71.2014.4.03.6134
Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira 155

Processo seletivo para o curso de formação de Oficiais Aviadores da Aeronáutica/FAB. Exame de aptidão psicológica: reprovação do candidato. Insurgência judicial contra o resultado negativo. Laudo psicológico encomendado pela parte não se sobrepuja às conclusões do rigoroso exame realizado pela Aeronáutica. Cabe ao judiciário ter responsabilidade para com o interesse coletivo, que sobrepuja o individual.
AI 0000014-37.2015.4.03.0000
Desembargador Federal Johonsom Di Salvo.....158

Recurso Especial. Inadmissibilidade. Descabimento para alegação de violação a dispositivos constitucionais, bem como para aferir suposta contrariedade de normas regulamentares. Lei nº 12.336/2010. Aplicabilidade aos concluintes dos cursos destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários dispensados de incorporação no serviço militar, ainda não convocados.
REsp ApReeNec 0001673-17.2015.4.03.6100
Desembargador Federal Nery Júnior.....163

Servidor público. Auxílio transporte. Desnecessidade de comprovação de utilização do transporte público. Deslocamento com veículo próprio. Possibilidade.
Ap 0002895-38.2016.4.03.6115
Desembargador Federal Peixoto Junior 167

Suspensão de Liminar. Ação Civil Pública em face da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo e Entrevias Concessionária de Rodovias. Pleito para paralisação da concorrência internacional: Lote Florínea –Igarapava. Objetivo de conciliar o projeto de concessão da rodovia SP-333 com a concessão da BR-153, notadamente em relação a projeto de construção de anel viário na cidade de Marília, alteração de praça de pedágio ou, alternativamente, instalação do sistema de cobrança por quilômetro percorrido.
SLAT 5017274-37.2018.4.03.0000
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 173

DIREITO AMBIENTAL

Mandado de Segurança. Ave silvestre adaptada há anos ao ambiente doméstico. Manutenção da guarda. Aplicação do princípio da razoabilidade.
ApReeNec 0004747-89.2009.4.03.6100
Desembargador Federal Marcelo Saraiva..... 193

DIREITO CIVIL

Acidente do trabalho. Ação de regresso movida pelo INSS contra empregadora responsável pelo acidente. Contribuição previdenciária ao SAT. Não ocorrência de "bis in idem". Culpa da ré demonstrada. Prescrição. Prazo quinquenal. Princípio da isonomia. Fundo de direito.
Ap 0001315-26.2014.4.03.6120
Desembargador Federal Hélio Nogueira 203

Contrato de compra e venda de imóvel em construção. Programa minha casa minha vida. Atuação da CEF como agente executor de política federal de moradia para pessoas de baixa renda. Responsabilidade civil e solidária entre instituição financeira e construtora. Dano moral. Indenização arbitramento. Critérios de razoabilidade e não enriquecimento indevido.
Ap 0016189-42.2015.4.03.6100
Desembargador Federal Wilson Zauhy 223

DIREITO PENAL

Redução a condição análoga à de escravo. Art. 149, "caput" e § 1º, II, na forma do art. 70, todos do CP. Trabalhadores paraguaios. Condições precárias. Ausência de estrutura mínima para higiene, descanso e alimentação. Intimidação dos prestadores de serviços. Dosimetria. Confissão espontânea. Concurso formal.
Ap. 0001056-11.2002.4.03.6004
Desembargador Federal André Nekatschalow 231

Incidente de insanidade mental. Roubo contra os correios. Art. 157, § 2º, I e II, CP. Materialidade, dolo e autoria comprovados. Dosimetria. Pena-base. Concurso de pessoas. Concurso material de crimes. Pena de multa. Substituição por penas restritivas de direitos. Recursos não providos. Pena de multa reduzida de ofício.
Ap. 0000604-88.2009.4.03.6122
Desembargador Federal Maurício Kato..... 241

Contrabando. Art. 334-A, § 1º, V, c/c artigo 3º do Decreto-lei nº 399/1968. Art. 29 do CP. Art. 183 da Lei nº 9.472/1997. Dosimetria. Reincidência. Impossibilidade de substituição da pena.
Ap. 0001451-13.2011.4.03.6125
Desembargador Federal Paulo Fontes 254

Pornografia infanto-juvenil. Crimes previstos nos arts. 241-A e 241-B, ambos do ECA. Impossibilidade de aplicação do princípio da absorção. Dosimetria.
Ap. 0003701-45.2011.4.03.6181
Desembargador Federal Fausto De Sanctis 260

Alteração de documento público verdadeiro. Art. 304 c/c 297 do CP. Dosimetria. Confissão espontânea. Súmula nº 545 do STJ. Regime prisional. Ausência de fundamentação. Alteração de ofício.
Ap. 0007389-97.2016.4.03.6000
Desembargador Federal José Lunardelli 270

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Embargos Infringentes. Recurso interposto na vigência do CPC/1973. Servidor público. Tempo de serviço rural. Período anterior à Lei nº 8.213/1991. Contagem recíproca. Expedição de certidão. Recolhimentos das contribuições devidas.
EI 0005859-70.2003.4.03.0000
Desembargador Federal Luiz Stefanini 279

Aposentadoria por idade de trabalhador rural. Flexibilização de pedidos. Aposentadoria por idade híbrida. Requisitos preenchidos. Benefício devido.
Ap 0001553-55.2013.4.03.6128
Desembargadora Federal Ana Pezarini 287

Embargos Infringentes. Aposentadoria por idade rural. Comprovação da atividade campesina no período imediatamente anterior à implementação do requisito etário. Impossibilidade de estender prova material em nome do cônjuge para período posterior ao óbito. Extinção, de ofício, do processo, sem resolução de mérito.
EI 0002977-86.2013.4.03.6111
Desembargador Federal Carlos Delgado 292

Atividade especial comprovada em parte. Não cumprimento dos requisitos para concessão de aposentadoria especial. Aposentadoria por tempo de serviço indevida. Devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada.
Ap 0006153-76.2013.4.03.6110
Desembargador Federal Toru Yamamoto 302

Pensão por morte. Companheira. Qualidade de segurado. Aposentadoria por idade auferida ao tempo do óbito. Dependência econômica comprovada. Início de prova material a indicar a coabitação e a convivência. Concessão do benefício. Critérios de incidência dos juros de mora e da correção monetária.
Ap 0002212-91.2014.4.03.6140
Desembargador Federal Gilberto Jordan 312

Ação Rescisória do INSS. Pensão por morte. Menor sob guarda. Princípio da proibição do retrocesso em direitos sociais. Analogia "legis" em favor do menor sob guarda. Violação de lei: descaracterização na espécie. Dependência comprovada.
AR 0011589-08.2016.4.03.0000
Desembargador Federal David Dantas 318

Salário maternidade. Indenização. Estabilidade da trabalhadora urbana gestante. Sentença trabalhista. Súmula nº 244 do TST.
Ap 0018137-88.2017.4.03.9999
Desembargador Federal Baptista Pereira 343

Aposentadoria especial. Indeferimento administrativo. Continuidade do trabalho em condições especiais. Deferimento judicial. Desconto de valores.
ApReeNec 0037232-07.2017.4.03.9999
Desembargadora Federal Inês Virgínia 346

Auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Incapacidade total e temporária. Qualidade de segurado. Preexistência da enfermidade. Auxílio-doença mantido. Termo inicial. Termo final. Fixação da data da cessação do benefício.
Ap 0001612-94.2018.4.03.9999
Desembargadora Federal Marisa Santos 351

Benefício assistencial. Idosa. Miserabilidade não configurada. Família. Casa própria em boas condições. Quatro filhos. Dever de prestar alimentos. Acesso aos mínimos sociais. Subsidiariedade da assistência social. Improcedência do pedido.
Ap 0010810-58.2018.4.03.9999
Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 355

Auxílio-doença. Incapacidade parcial e permanente. Reabilitação profissional. Possibilidade. Concessão. Requisitos legais preenchidos.
Ap 0011748-53.2018.4.03.9999
Desembargador Federal Nelson Porfírio 362

Aposentadoria por tempo de contribuição. Revisão. Atividades concomitantes. Soma dos salários-de-contribuição. Atividade principal. Definição. Maior tempo de contribuição.
ApReeNec 0011768-44.2018.4.03.9999
Desembargadora Federal Lucia Ursaia 368

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ação Rescisória. Revisão de benefício. Conversão de aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial. Comprovação das condições especiais. Ruído. Requisitos não implementados. Violação a literal disposição de lei afastada. Documento novo. PPP expedido em data posterior ao julgamento. Inviabilidade. Aplicação da sistemática processual vigente à época da propositura.
AR 0014384-21.2015.4.03.0000
Desembargador Federal Paulo Domingues 377

Desconto de benefício previdenciário decorrente de alimentos. Restituição de valores. Impossibilidade.
Ap 0020273-29.2015.4.03.9999
Desembargador Federal Newton De Lucca 389

Benefício previdenciário indevidamente pago. Execução fiscal. Impossibilidade. Necessidade de ajuizamento de ação própria. Recurso Representativo de Controvérsia. Art. 115, § 3º, da Lei nº 8.213/1991 (MP nº 780/2017). Legislação superveniente. Inaplicabilidade no caso
EDcl ApReeNec 0015774-31.2017.4.03.9999
Desembargadora Federal Tânia Marangoni 392

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Obrigatoriedade da observância da Lei nº 9.703/1998, sobre os depósitos judiciais de tributos e contribuições federais, principalmente no que diz respeito à atualização pela Taxa Selic. Decisões divergentes entre as Turmas. Insegurança jurídica. Não comprovada a repetida discrepância. Ademais, os julgados apresentados tratam de resolução de matéria fática, insindicável pelo instituto processual em análise.
IncResDemR 0000239-52.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Carlos Muta 395

Abandono de causa não caracterizado. Pensão por morte. Ação movida em nome próprio pela guardiã dos filhos menores da falecida segurada. Legitimidade ativa. Extinção do processo sem resolução do mérito. Justiça gratuita.
Ap 0012813-83.2018.4.03.9999
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 398

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Embargos Infringentes. Sonegação fiscal. Lei Complementar nº 105/2001. Quebra de sigilo bancário. Compartilhamento. Possibilidade.
EIfNu 0002169-94.2015.4.03.6181
Desembargador Federal Nino Toldo 405

DIREITO TRIBUTÁRIO

Juízo de retratação. IPI sobre açúcar. Art. 2º da Lei nº 8.393/1991. Constitucionalidade. RE 592.145/SP.
Ap 0606642-17.1992.4.03.6105
Desembargadora Federal Cecília Marcondes 413

Embargos à Execução Fiscal. Saques indevidos após óbito da beneficiária. Ação penal reconhecendo a autoria de pessoa diversa do executado. Trânsito em julgado. Causalidade da Fazenda Nacional.
ApReeNec 0005447-68.2005.4.03.6112
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 416

Cobrança de IPTU. Imóvel que, ao tempo dos fatos geradores, pertencia à Rede Ferroviária Federal S/A. Sucessão, "a posteriori", pela União. IPTU 1994. Natureza pública dos serviços prestados pela RFFSA. Imunidade não reconhecida. Tributo devido.
Ag EI 0049152-61.2009.4.03.6182
Desembargador Federal Nelton dos Santos.....420

Embargos à Execução Fiscal. Tarifa de fornecimento de água e coleta de esgoto. Prazo prescricional decenal. Início contagem. Vigência do CC/2002. Nulidade do título. Não ocorrência.
Ap 0001191-63.2011.4.03.6115
Desembargador Federal André Nabarrete 443

Repetição do indébito. Imposto de renda. Lei nº 7.713/1988. Moléstia grave. Vencimentos recebidos em atividade. Art. 111, II, do CTN. Incidência do imposto de renda. Prescrição quinquenal.
Ap 0011477-25.2011.4.03.6140
Desembargadora Federal Marli Ferreira 448

Contribuição previdenciária. Valores repassados a dentistas prestadores de serviços aos segurados beneficiários de planos de saúde. Artigo 22, III, da Lei nº 8.212/1991. Não incidência. Compensação.
ApReeNec 0005588-30.2013.4.03.6105
Desembargador Federal Valdeci dos Santos.....454

Aduaneiro. Pena de perdimento de veículo objeto de arrendamento mercantil ("leasing") ou alienação fiduciária. Possibilidade.
Ap 0013123-34.2013.4.03.6000
Desembargador Federal Mairan Maia.....461

SENTENÇAS

Entidade beneficente sem fins lucrativos. Manutenção de animais domésticos e silvestres em suas dependências. Projeto pedagógico dedicado a crianças e adolescentes carentes. Animais abandonados e doados. Espécies ameaçadas de extinção. Pleito administrativo prévio junto ao IBAMA para credenciamento como criadouro conservacionista. Suspensão de auto de infração e da multa.
0001474-34.2011.4.03.6100
Juíza Federal Denise Aparecida Avelar 467

Ação Civil Pública. Pessoas portadoras de necessidades especiais. Regular acesso aos prédios da Agência da Receita Federal no Município de Botucatu.
0002104-55.2015.4.03.6131
Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 478

Auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Epilepsia após traumatismo craniano. Medicação anticonvulsionante. Incapacidade laborativa parcial e permanente. Concessão de benefício de auxílio-acidente.
0003011-34.2016.4.03.6183
Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento 483

Pedido de concessão de aposentadoria por idade. Prévia renúncia de aposentadoria por tempo de contribuição. Alegação de não se tratar de pedido de "desaposentação", em razão de não existir pleito de utilização de tempo de contribuição posterior à aposentadoria para obtenção de recálculo. Colisão com o entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores.
0059902-75.2017.4.03.6301
Juiz Federal Fabiano Lopes Carraro..... 486

Embargos à Execução Extrajudicial. Empréstimos consignados. Falecimento do consignante-devedor. Extinção da dívida.
5000439-78.2017.4.03.6120
Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 491

Responsabilidade civil do Estado. Crédito trabalhista. Penhora no rosto dos autos. Falta grave na prestação jurisdicional. Ato administrativo judiciário. Responsabilidade objetiva por omissão específica. Indenização por danos materiais e morais.
5004280-84.2017.4.03.6119
Juíza Federal Carolline Scofield Amaral 494

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região..... 505

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 509



Artigos Doutrinários

Autonomia do direito urbanístico e seus princípios fundamentais



Alexandre Levin

Doutor e Mestre em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da COGEAE-PUC/SP. Membro efetivo da Comissão de Direito Administrativo da OAB/SP. Procurador do Município de São Paulo, atualmente exercendo a função de Assessor Jurídico na Secretaria do Verde e do Meio Ambiente do Município de São Paulo.

RESUMO: Há intensa discussão doutrinária acerca da autonomia do direito urbanístico. Para boa parte da doutrina, trata-se de apenas de um capítulo do direito administrativo, enquanto que para outros autores esse ramo do direito público já teria conquistado sua autonomia jurídico-positiva e científica. Este artigo apresenta argumentos em defesa da segunda posição. A partir do estudo da evolução histórica dos sistemas normativos de direito urbano, tanto em países europeus como no Brasil, constata-se que o Poder Público não mais se limita a impor regras a respeito da polícia das construções (urbanismo regulamentar), ou seja, normas que simplesmente prescrevam limitações administrativas à propriedade urbana. A atuação do Poder Público em matéria urbanística deixou de ser meramente limitadora. A Administração passou a assumir – a partir do início do século XX – um papel ativo na ordenação urbana (urbanismo operacional), o que gerou reflexos no direito urbanístico, especialmente no que toca à sua autonomia em relação a outros ramos do direito público. Daí a previsão de regras e princípios específicos para regular a atividade de organização do espaço urbano nos diversos ordenamentos jurídicos de países europeus. O Brasil seguiu a mesma tendência, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988 e da edição do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), cujo artigo 2º apresenta um rol de princípios fundamentais da política urbana. A previsão desses princípios, que são abordados neste trabalho, reforça a tese que defende a autonomia científica do direito urbanístico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito urbanístico. Autonomia. Estatuto da Cidade. Princípios fundamentais.

ABSTRACT: There has been an intense doctrinal discussion on the autonomy of urban law. Most of the doctrine followers understand it as just a section of administrative law, while, for other authors, that field of public law would have already won its legal /positive and scientific

autonomy. This paper presents arguments for the latter stance. Based on studies of the historical evolution of normative urban law systems, both in European countries and in Brazil, it appears that the Government is not limiting itself to only lay down rules concerning construction policies (regulatory urbanism), i.e., standards that simply prescribe administrative restrictions to urban property. In fact, the intervention of the Government in urban matters has ceased to be merely a constraining one. The Administration has assumed – as far as early twentieth century - an active role in urban planning (operational urbanism). This led to repercussions for urban law, especially with regard to its autonomy from other fields of public law. Hence the indication for specific rules and principles to regulate the activity of organization of urban space in several legal systems of European countries. Brazil followed suit, especially based on the Federal Constitution of 1988 and after the enactment of the City Statute (Law 10.257/2001), whose article 2 presents a list of fundamental principles of urban policy. The indication of such fundamentals, which are covered in this work, reinforces the thesis that defends the scientific autonomy of urban law.

KEYWORDS: Urban Law. Autonomy. City Statute. Major principles.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Autonomia do direito urbanístico em solo europeu. 2. Autonomia do direito urbanístico no Brasil. 3. Princípio do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. 4. Princípio da função social da propriedade urbana. 5. Princípio da cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização. 6. Concertação público-privada para fins urbanísticos e princípio da gestão democrática das cidades. 7. Justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização e recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos. 8. Garantia do direito a cidades sustentáveis. 9. Gestão democrática das cidades. Conclusão. Referências.

Introdução

Nas últimas décadas, o estudo do direito urbanístico vem conquistando importante espaço nas universidades brasileiras. Pode-se dizer que, até a promulgação da Constituição de 1988, esse ramo do direito público era abordado apenas como um capítulo do direito administrativo.

Com efeito, até a edição da atual Carta Federal, o direito urbano brasileiro não gozava da mesma autonomia jurídico-positiva atribuída a outros ramos do direito público, como o direito tributário e o direito processual. Antes de sua promulgação, já eram previstas normas que regulavam a ocupação do espaço urbano, mas essas prescrições eram consideradas expressão do exercício genérico da função administrativa: a Administração desapropriava, licitava, subscrevia contratos administrativos, realizava concursos públicos e, *também*, organizava o espaço urbano por meio de normas de polícia administrativa, especialmente leis de zoneamento.

A Constituição de 1988, além de mencionar expressamente o direito urbanístico no seu artigo 24, I, por meio do qual atribuiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência concorrente para a edição de normas de organização do espaço urbano, dedicou um capítulo inteiro do seu Título VII (*Da Ordem Econômica e Financeira*) à disciplina da política urbana (arts. 182 e 183).

É de se reconhecer, a partir daí, a autonomia jurídico-positiva do direito urbano, o que justifica o seu estudo como ramo próprio do direito público, independente do direito administrativo. A emancipação da matéria fez surgir não apenas regras específicas, mas também princípios característicos, alguns expressos e outros implícitos, todos aplicáveis ao seu objeto específico, que é a organização do espaço urbano. Esses princípios serão abordados em momento posterior deste estudo.

Vale lembrar que o estudo sobre a autonomia do direito urbano não tem uma importância meramente teórica. Ao contrário, sua aplicabilidade prática é inegável: se a Constituição preceitua que a União é competente para edição de normas gerais de direito urbanístico (art. 24, I), faz-se necessário reconhecer qual o objeto desse tipo de norma, inclusive para se evitar interferência indevida na esfera de atuação dos Estados e, principalmente, dos Municípios. Assim, caso o direito em causa seja de natureza urbanística, à União é atribuída competência para edição apenas de normas gerais, cabendo aos Municípios a edição de legislação suplementar (CF, art. 30, II) e de interesse local (CF, art. 30, I).[1]

1. Autonomia do direito urbanístico em solo europeu

Antes de tratar do direito urbano nacional, façamos um breve histórico sobre a conquista da autonomia desse ramo do direito público em solo europeu. A abordagem é importante, já que nossa legislação urbanística é fundamentada, em larga medida, na ordem jurídica europeia. A evolução do nosso conjunto normativo seguiu o mesmo caminho trilhado pelo sistema do velho continente, não obstante o processo de urbanização no Brasil ter ocorrido em momento posterior – quase um século depois.

Ao contrário do Brasil, os países europeus contam com regras jurídicas próprias para regular a organização do espaço urbano desde meados do século XIX. Muitas dessas normas foram editadas como resposta aos graves problemas urbanísticos que atingiram as cidades europeias à época. O aumento repentino da população urbana, causado pelo abandono das áreas rurais pelos camponeses que procuravam fixar sua moradia nas cidades, em busca dos empregos oferecidos pelas fábricas, trouxe uma relevância até então desconhecida aos problemas que afligiam as zonas urbanas.

Com efeito, o fenômeno histórico-tecnológico conhecido como Revolução Industrial foi caracterizado pelo êxodo descontrolado da população rural, que se transformou na força de trabalho da incipiente indústria europeia. Esses trabalhadores instalaram-se de forma precária nas cidades, que logo foram assoladas por graves questões habitacionais e sanitárias. Não havia moradia, água potável e coleta de esgoto para suprir as necessidades dessa massa populacional que ocupou os entornos das áreas industriais, em um curto espaço de tempo e sem qualquer planejamento.

Não quer isso dizer que o direito romano e os sistemas jurídicos dos Estados já formados na época medieval não previam regras voltadas à disciplina do espaço urbano. A existência dessas normas é reconhecida pela doutrina que aborda o tema.[2] Ocorre que

1 Carlos Ari Sundfeld discorre sobre a importância da discussão acerca da autonomia do direito urbanístico. Para o autor, "continua sendo útil debater a respeito da identidade – e, portanto, da autonomia – do direito urbanístico, pois disso depende a solução, quando menos, de muitas dúvidas relativas à competência". (SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. *In*: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sergio (Coord.) *Estatuto da cidade*: (comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48)

2 Por todos, CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, v. I, p. 171-173. O autor indica, dentre as normas de segurança das edificações previstas no direito romano, as disposições que definiam a altura máxima dos edifícios (limite fixado pelo Imperador Augusto em 70 pés e por Trajano em 60 pés), que visavam à garantia da segurança pública pela maior estabilidade conferida às construções; já dentre as normas com fins de salubridade das edificações estavam as que almejavam a garantia da luminosidade dos edifícios (regulamentos do Imperador Augusto

essas prescrições eram voltadas à segurança e salubridade das edificações individualmente consideradas; o legislador não tinha a pretensão de direcionar de forma planejada o crescimento das cidades e nem se preocupava, essencialmente, com questões como a falta de moradia e de saneamento básico.

Foi a partir da Revolução Industrial que os ordenamentos jurídicos dos Estados europeus passaram a prever normas que tinham como finalidade promover o crescimento ordenado das cidades e a melhora da qualidade de vida dos que nelas habitavam.[3] Essas prescrições eram criadas para fazer frente aos graves problemas sociais decorrentes da ocupação descontrolada das urbes pela população que deixava o campo.

Na Inglaterra, por exemplo, país que sofreu de forma aguda os efeitos nocivos da industrialização, foram editados diversos relatórios governamentais sobre as más condições de vida nas cidades,[4] que serviram de fundamento para edição de leis que fixavam padrões mínimos de higiene nas habitações, impunham a separação das zonas de habitação das zonas industriais, determinavam a construção de redes de abastecimento de água e de eliminação de esgotos, prescreviam a abertura de arruamentos e criavam parques e pátios como elementos de iluminação e ventilação das habitações.[5]

A mudança do objeto das leis urbanísticas fez nascer o direito urbanístico tal qual o conhecemos hoje. Não são mais previstas apenas regras relacionadas à segurança e qualidade das edificações, mas também normas que buscam o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.[6] Foi a partir daí que o direito urbano europeu conquistou sua autonomia em relação ao direito administrativo: não há mais somente prescrições que regulam o exercício do poder de polícia estatal sobre as construções urbanas, mas também normas que impõem o crescimento urbano planejado. O desenvolvimento da urbe passa a ser definido por um plano urbanístico, juridicamente imposto.

A técnica de planificação[7] passou a ser utilizada em larga escala, em solo europeu, a partir da primeira metade do século XX,

que impediam a construção de relevos que tirasse área e luz às casas); e, no que toca às normas que objetivavam o ordenamento do conjunto urbano, estavam as regras concernentes às distâncias entre as construções, no intuito de estabelecer uma configuração geral da cidade (e não somente resolver problemas entre vizinhos).

3 Luciano Parejo Alfonso afirma que a revolução industrial, por ter provocado o rompimento do equilíbrio da cidade, pode ser considerada a origem do urbanismo atual. Para o autor, a confluência da revolução industrial com o triunfo da ideologia liberal utilitarista determinam uma cidade cujos elementos são a fábrica e a favela (*slum*). (ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho urbanístico*: instituciones básicas. Mendoza: Ediciones Ciudad Argentina, 1986, p. 8)

4 Talvez o mais frequentemente lembrado é o *Report on an inquiry into the sanitary conditions of the labouring population of Great Britain*, redigido por Edwin Chadwick em 1839. Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso explicam que as propostas constantes desse relatório traduziram-se em medidas legislativas concretas reguladoras do fornecimento de água potável, das redes de drenagem, da concepção das ruas, pátios e parques, esses últimos como elementos de aeração e ventilação. Para os autores, trata-se da primeira manifestação de uma ação reflexiva e sistemática das cidades e, portanto, da primeira manifestação do direito urbanístico contemporâneo. (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho urbanístico I*. Madrid: Civitas, 1979, p. 34-35, tradução livre) Na mesma direção, Ramón Parada afirma que a *Public Health Act* inglesa é a "norma cabecera de la legislación urbanística". (PARADA, Ramón. *Derecho administrativo III* – Bienes públicos y derecho urbanístico. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 319)

5 CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, v. I, p. 181.

6 O conceito de *funções sociais da cidade* será abordado em momento posterior deste estudo. Em resumo, significa que a cidade deve ser organizada visando ao atendimento das necessidades essenciais de seus habitantes: morar, trabalhar, divertir-se e circular.

7 A técnica em questão, na realidade, não foi criada no século XX. Ensina Le Corbusier que já na Antiguidade Clássica foram traçados desenhos de cidades pelos romanos e, séculos mais tarde, foi planejada a construção da cidade de Versalhes e da famosa *Champs Élysées*, em Paris, por iniciativa de Luís XIV. Por tais razões, o autor afirma que os romanos e o rei francês foram *os únicos grandes urbanistas do Ocidente*. (LE CORBUSIER. *Urbanismo*. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 7-9) Não obstante, a sua plena utilização ocorreu a partir da primeira metade do século XX, por obra da doutrina urbanística conhecida por *funcionalismo racionalista*, desenvolvida por meio dos trabalhos realizados nos Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna (CIAM), que ocorreram a partir de 1928.



como instrumento de reconstrução das cidades destruídas pelas duas grandes guerras mundiais. O plano passa a definir a organização espacial e a direcionar o desenvolvimento e a expansão das urbes. Por meio da técnica do *zoneamento*, o solo urbano é dividido de acordo com os tipos de utilização a que será destinado: industrial, residencial, comercial, desportivo, cultural, viário, turístico, dentre outros. Fixam-se áreas nas quais é proibido edificar, zonas destinadas à conservação de áreas verdes e perímetros destinados à habitação social.[8] O conjunto dessas prescrições, somadas às disposições próprias do urbanismo regulamentar (dimensões mínimas das habitações, índices de ocupação do solo, coeficientes de aproveitamento, distância mínima dos edifícios desde a rua e do imóvel vizinho), constitui um sistema normativo que indica como a cidade deve se organizar e de que forma deve ocorrer sua expansão e seu desenvolvimento.[9]

Somam-se a tais regras as leis criadoras dos instrumentos jurídicos do assim denominado *urbanismo operacional*, método de urbanismo caracterizado pela atuação concreta do Poder Público com vistas a transformar as cidades, ampliando-as ou revitalizando áreas degradadas.[10] Como exemplos de instrumentos do urbanismo operacional, colhemos da legislação espanhola o *ensanche*, que é, em resumo, a adição de novos bairros ao núcleo urbano já existente (*Leys de Ensanche de Poblaciones,* de 22/12/1876 e de 26/07/1892, dentre outras), e a *reforma interior de poblaciones* (*Ley de Expropriación Forsoza,* de 10/01/1879), que consiste em demolir bairros antigos e decadentes, abrir novas vias e implantar nova infraestrutura urbana que permita construir edificações de qualidade superior (*urban renewal*).[11]

Na França, conforme nos ensina Jacqueline Morand-Deviller,[12] os textos legais previram diversos instrumentos de urbanismo operacional: o *régime d'aide financière à*

8 Na França, por exemplo, como ensina Hubert Charles, a *Loi d'orientation foncière* de 30/12/1967 adotou o princípio de divisão da planificação urbana e criou dois tipos de planos: o *schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme* (SDAU), de caráter não vinculativo, destinado à ordenação urbanística de aglomerações supracomunais, a servir apenas de referência para as escolhas fundamentais de desenvolvimento urbano, e os *plans d'occupation des sols* (POS), esses sim de observância obrigatória, destinados a regular a organização urbanística das comunas. (CHARLES, Hubert. *Les principes de l'urbanisme*. Paris: Dalloz, 1993, p. 8, tradução livre)

9 A função de direcionamento sobre a expansão e o crescimento das cidades que o plano exerce é relacionada pela doutrina ao *urbanismo prospectivo*, expressão utilizada por Jacqueline Morand-Deviller. (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit de l'urbanisme*. 3. ed. Paris: Éditions Dalloz, 1996, p. 6)

10 Nas palavras de Jean-Paul Lacaze, "o urbanismo operacional trata das ações empreendidas por iniciativa dos poderes públicos para assumir diretamente o encargo de ampliar cidades ou de transformar bairros existentes". (LACAZE, Jean-Paul. *Os métodos do urbanismo*. Tradução de Marina Appenzeller. 2. ed. Campinas: Papirus, 1993, p. 24)

11 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Manual de derecho urbanístico*. 22. ed. Madrid: Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2011, p. 18-19.

12 MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit de l'urbanisme*. 3. ed. Paris: Éditions Dalloz, 1996, p. 5.

la construction[13] (Lei de 21/07/1950); novas hipóteses de expropriação em benefício de construtores privados (Lei de 06/08/1953); as *zones à urbaniser par priorité* (*ZUP*);[14] a *rénovation urbaine* (renovação urbana);[15] e as *zones d'aménagement différé* (*ZAD* – Lei de 26/07/1962).[16]

Consolida-se na Europa, portanto, um conjunto de regras especialmente destinadas a regular o exercício da função urbanística do Estado. Ou seja, dentre as normas que regem as funções estatais, torna-se possível reconhecer um grupo específico de regras voltadas ao controle da atividade urbanística, tanto aquela praticada pela Administração quanto a desempenhada por particulares, ainda que sob a direção do Poder Público. Configurada está, em conclusão, a autonomia jurídico-positiva do direito urbanístico em parte considerável do território europeu.[17]

Não obstante a existência de um conjunto de normas que tratam especificamente da ocupação do solo urbano, muitos dos juristas europeus que se debruçam sobre o direito urbanístico resistem em lhe atribuir autonomia em relação ao direito administrativo.

Eduardo Garcia de Enterría e Luciano Parejo Alfonso, por exemplo, consideram o direito urbanístico parte do direito administrativo, tanto sob a perspectiva jurídico-positiva como no plano científico.[18] Afinal, o direito urbanístico ocupa-se de temas que pertencem ao direito administrativo: a) organização administrativa e normas que definem competências em matéria urbanística; b) incidência da ordenação urbanística sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, em especial sobre o direito de propriedade, que se dá por meio de técnicas de intervenção administrativa sobre a propriedade privada típicas do direito administrativo; e c) regime financeiro do urbanismo, tanto sob o aspecto do direito financeiro, como no que se refere às várias técnicas de recuperação ou distribui-

13 De acordo com Jean-Paul Gilli e Jacques de Lanversin, a *aide à la construction* (regime de estímulo à construção) corresponde a um regime de vantagens fiscais (redução do valor das taxas registrárias e dos tributos devidos em função de novas construções, dentre outras) e financeiras (financiamentos com juros subsidiados) concedidas pelo Estado a um particular, para encorajá-lo a realizar operações de construção. (GILLI, Jean-Paul; LANVERSIN, Jacques de. *Lexique droit de l'urbanisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1978, p. 14, tradução livre)

14 Conforme Jean-Paul Gilli e Jacques de Lanversin, o elemento central da *ZUP* é a instituição de um direito de preempção em favor do Poder Público sobre determinado perímetro urbano, com a posterior concessão da execução do serviço de ordenação urbana a um organismo público, semipúblico ou privado. (*Ibidem*, p. 142-143, tradução livre)

15 Ensinam Jean-Paul Gilli e Jacques de Lanversin que a renovação urbana é uma operação que consiste em destruir para reconstruir, ou reformar, parcial ou totalmente, determinada área urbana, para fins de salubridade, segurança, estética ou proteção do patrimônio histórico. (*Ibidem*, p. 113-114, tradução livre) A questão é tratada, atualmente, pelo artigo L313-4 do *Code de l'urbanisme*, sob a denominação de *restauration immobilière*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr.>. Acesso em: 24 jul. 2018.

16 Jean-Paul Gilli e Jacques de Lanversin explicam que o regime das *ZAD* teve por finalidade complementar o regime das *ZUP* (acima descrito), com a finalidade de combater a especulação imobiliária nas zonas urbanas destinadas a ulteriores operações de (re)ordenação urbana, por meio da criação de um direito de preempção em favor do Poder Público, de sociedade de economia mista ou de um concessionário responsável pela execução da operação. (*Ibidem*, p. 140, tradução livre) A matéria é tratada atualmente pelos artigos L-212-1 e L-212-2 do Código de Urbanismo Francês (*Code de l'urbanisme*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr> Acesso em: 24 jul. 2018)

17 Além dos exemplos de diplomas legais franceses e espanhóis já citados, vale ressaltar a edição, na Itália, da Lei nº 2.359, de 25/06/1865, definida por Italo Di Lorenzo como a primeira disposição geral de direito urbanístico em solo italiano. Essa lei tratava da hipótese de desapropriação por utilidade pública para fins de implantação de plano urbanístico edilício ou de ampliação urbana. (DI LORENZO, Italo. *Diritto urbanistico*. Torino: Editrice Torinese, 1973, p. 10-12, tradução livre)

18 É possível reconhecer dois tipos de autonomia de um ramo do direito: a jurídico-positiva e a científica. A primeira é reconhecível nos casos em que existe um objeto específico (por exemplo, a atividade urbanística do Estado) regulado por um determinado conjunto de normas; a segunda pressupõe a existência de princípios que são próprios daquela disciplina, definidos a partir da sistematização do direito objetivo. A diferença entre a produção/aplicação das normas jurídicas e o seu estudo sistemático, como ciência, pode ser sintetizada na clássica lição de Hans Kelsen, para quem a ciência jurídica pode apenas descrever o direito: "ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for". (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 82)

ção das mais-valias entre os proprietários de imóveis urbanos.[19]

Também Italo Di Lorenzo[20] e o português Fernando Alves Correia[21] consideram o direito urbanístico uma parte especial do direito administrativo, assim como Grégory Kalflèche, que, não obstante, reconhece sua autonomia parcial. Para este autor francês, o direito urbano é um "direito de polícia especial", que visa à satisfação da ordem urbanística, e sua aplicação deve respeitar os limites próprios a todos os atos de polícia, notadamente a proporcionalidade entre os meios e os objetivos perseguidos. Outras características específicas do direito administrativo estão presentes, como o caráter de proteção do administrado frente à "violência legítima" exercida pelo Poder Público,[22] e a aplicação mediante atos administrativos unilaterais.[23]

No nosso entender, não há justificativa para tal entendimento. Está claro, para nós, que o direito urbanístico conquistou tanto sua autonomia jurídico-positiva – trata-se de um conjunto de normas que regula um objeto específico, qual seja, a função urbanística do Estado – como sua autonomia científica, pois o seu estudo permite identificar princípios específicos desse ramo do direito público.[24]

2. Autonomia do direito urbanístico no Brasil

No Brasil, não obstante a edição de alguns diplomas legais no decorrer do século XX,[25] como o Decreto-lei nº 3.365/1941 (desapropriação por utilidade pública), a Lei nº 4.132/1962 (desapropriação por interesse social), o Decreto-lei nº 271/1967 (loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo) ou mesmo a Lei nº 6.799/1979 (parcelamento do solo urbano), todos eles contendo normas que regulam a ordenação do espaço urbano, o fato é que somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o direito urbanístico conquistou sua autonomia jurídico-positiva.

2.1. Autonomia jurídico-positiva

Com efeito, a Carta de 1988, além de reservar diversos dispositivos à matéria urbanística (art. 21, IX e XX; art. 30, VIII, dentre outros) e destinar um capítulo específico à política urbana (arts. 182 e 183), referiu-se expressamente ao *direito urbanístico*, atribuindo à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência concorrente para a edição de leis que versem sobre a ocupação do território das

19 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho urbanístico I*. Madrid: Civitas, 1979, p. 49-50.

20 DI LORENZO, Italo. *Diritto urbanistico*. Torino: Editrice Torinese, 1973, p. 10.

21 CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, v. I, p. 63-66. O autor, no entanto, defende a autonomia didática do direito urbanístico.

22 O proprietário deve ser protegido, por exemplo, contra desapropriações efetivadas sem a justa indenização pela perda do imóvel.

23 KALFLÈCHE, Grégory. *Droit de l'urbanisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 19-20.

24 Grégory Kalflèche afirma que o direito urbanístico desenvolveu princípios próprios, que correspondem às diferentes etapas do seu desenvolvimento. Dentre eles, cita: a) a limitação do caráter absoluto da propriedade privada pelas normas urbanísticas; b) a indenização em razão das intervenções urbanísticas na propriedade; e c) a justa distribuição das mais-valias geradas pelos regulamentos urbanísticos. Além deles, menciona o autor os princípios expressos no artigo 121-1 do Código de Urbanismo francês: o equilíbrio entre a renovação urbanística, o desenvolvimento urbano, a restruturação dos espaços urbanizados e a revitalização dos centros urbanos e rurais; a proteção dos conjuntos urbanos e edificações notáveis; a utilização racional dos espaços naturais; a diversidade de usos dentre de um mesmo bairro; o equilíbrio entre o crescimento das cidades e a mobilidade urbana, dentre outros. (*Ibidem*, p. 31- 43, tradução livre)

25 Na verdade, conforme ensina José Afonso da Silva, já no século XIX surgiram as primeiras normas jurídicas urbanísticas, por meio de leis que regulavam o processo de desapropriação. O primeiro desses diplomas foi promulgado em 09/09/1826 e "autorizava a desapropriação por utilidade pública para a execução de obras de comodidade geral e decoração pública". Anos mais tarde, foi editada a Lei nº 57, de 16/03/1836, que regulava a "desapropriação por utilidade municipal ou provincial para a abertura ou melhoramento de estradas, canais, portos, aguadas, construções de pontes, ranchos ou servidões e comodidades necessárias ao uso destes objetos, bem como abertura ou melhoramento de ruas, praças, decorações, monumentos, aquedutos, fontes e logradouros públicos" (art. 1º). Em seguida, outras leis foram editadas, todas elas regulando o processo de desapropriação. (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 55-56)

urbes (art. 24, I). Não havia nos Textos Constitucionais anteriores menção direta a esse ramo do direito público.

Note-se: a atual Constituição apresenta o direito urbanístico ao lado de outros ramos do direito público (direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico) no mesmo dispositivo (art. 24, I), determinando que suas normas gerais sejam editadas pela União e suplementadas por Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 24, § § 1º a 4º e art. 30, II). O Constituinte assegurou, portanto, a autonomia jurídico-positiva do direito urbanístico: o direito urbano é, de acordo com o Texto Constitucional, um ramo autônomo do direito público.

Mais de uma década após a promulgação da Carta de 1988, a edição da Lei nº 10.257/2001, autodenominada Estatuto da Cidade (art. 1º, parágrafo único), corroborou a tese da autonomia jurídico-positiva do direito urbanístico. Esse diploma legal, editado com base nos artigos 24, I, e 182, *caput*, da Constituição, estabelece normas gerais de direito urbano, de observância obrigatória, portanto, por Estados, Distrito Federal e Municípios.

2.2. Autonomia científica do direito urbanístico.

A edição do Estatuto da Cidade forneceu aos Poderes Públicos os instrumentos necessários para a execução da política urbana – muitos deles elencados no artigo 4º da lei[26] –, regulamentou em linhas gerais a aplicação desse instrumental e, sobretudo, apresentou um rol de princípios regentes da atividade urbanística do Estado (art. 2º).

Assim, verifica-se a existência de princípios específicos do direito urbanístico, a conferir autonomia científica a esse ramo do direito público.[27]

É verdade que a atividade urbanística é também regulada por princípios típicos de outros ramos do direito público – especialmente do direito administrativo, ambiental, tributário e financeiro. Afinal, o exercício da *função urbanística* – que equivale ao *dever-poder* da Administração de promover a adequada organização da vida nas cidades – é expressão do exercício da própria *função administrativa* do Estado. Portanto, inevitavelmente, os princípios aplicáveis a esta – por exemplo, aqueles elencados no artigo 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) – são igualmente extensíveis àquela.

Mas o fato de princípios de outros ramos do direito público incidirem sobre a atividade urbanística não impede que se reconheça, a partir do exame do sistema de normas do direito urbano, princípios exclusivos desse ramo do direito público,[28] a lhe conferir

26 Nem todos os instrumentos de política urbana estão elencados na Lei nº 10.257/2001. Nada impede que Estados, Distrito Federal e Municípios criem instrumentos urbanísticos específicos, para utilização em suas circunscrições territoriais, desde que tais instrumentos sejam utilizados na busca pelo pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade (CF, art. 182, *caput*) e encontrem fundamento nas diretrizes gerais da política urbana elencadas no artigo 2º do Estatuto da Cidade. O Município de São Paulo, por exemplo, previu em seu Plano Diretor (Lei nº 16.050/2014, art. 144) a *concessão urbanística*, instrumento aplicável "para implantar Projeto de Intervenção Urbana elaborado pelo Poder Público, consideradas as diretrizes do Plano Diretor Estratégico". O Projeto pode ser implantado mediante delegação a "empresa estatal municipal ou, mediante licitação, a empresa ou a conjunto de empresas em consórcio" (Lei nº 16.050/2014, art. 144, § 1º). Ainda que a concessão urbanística não tenha sido prevista na Lei nº 10.257/2001, que é norma geral de direito urbanístico, sua criação pelo plano diretor paulistano está fundamentada em princípios elencados no artigo 2º do Estatuto, especialmente o da "cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social" (inc. III) e o da "justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização" (inc. IX). Voltar-se-á ao tema em momento posterior deste trabalho.

27 Conforme já ressaltado (nota de rodapé 18), é cabível atribuir a determinado ramo do direito autonomia *didática* ou *científica*; nos dizeres de José Afonso da Silva, a primeira seria caracterizada pela possibilidade de "circunscrever o estudo a um grupo de normas que apresentam particular homogeneidade relativamente a seu objeto, mas que ainda se acham sujeitas a princípios de outro ramo; a segunda quando, além da necessidade indicada, verifica-se a formação de princípios e institutos próprios". (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42)

28 Hely Lopes Meirelles define o direito urbanístico como o "ramo do direito público destinado ao estudo e formu-

autonomia científica. Em outras palavras, é possível ao jurista extrair do sistema de normas de direito público um subsistema de normas de direito urbanístico, a ser estudado de forma autônoma, sob a égide de princípios que lhe são próprios.

Portanto, o jurista, ao estudar o sistema de normas do direito urbanístico, é capaz de extrair princípios que regem toda e qualquer ação da Administração Pública que vise à ordenação da vida urbana e à busca pelo pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Boa parte desses princípios está elencada no sobredito artigo 2º da Lei nº 10.257/2001,[29] mas há os que são extraídos diretamente do Texto Constitucional, como o *princípio do pleno desenvolvimento das funções da cidade* (art. 182, *caput*) e o *princípio da função social da propriedade urbana* (art. 182, § 2º).

Comecemos o estudo por esses dois últimos.

3. Princípio do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade

O conceito de *funções sociais da cidade* é fruto do trabalho dos estudiosos de uma corrente urbanística denominada *funcionalismo racionalista*. Essa doutrina se desenvolveu por meio dos trabalhos realizados nos Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna (CIAM), que ocorreram a partir de 1928. Seus fundamentos estão consagrados na *Carta de Atenas*, emanada do Congresso ocorrido em Atenas, de 29 de julho a 13 de agosto de 1933, cujo processo de redação foi liderado por Le Corbusier. A *Carta de Atenas* defende que o dimensionamento de todas as coisas no espaço urbano deve ser regido pela escala humana, o que significa que a cidade deve ser organizada com base nas quatro necessidades essenciais do homem: habitar, trabalhar, divertir-se e circular. Dessa forma, o urbanismo passa a ter quatro funções principais: assegurar aos homens uma moradia digna; organizar os locais de trabalho, de maneira que trabalhar não se torne uma sujeição penosa; prever instalações necessárias à boa utilização das horas livres; e estabelecer uma ligação entre as diversas organizações mediante uma eficiente rede de circulação.[30]

A Constituição Federal de 1988 faz uso desse conceito, ao determinar que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, "tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes" (art. 182, *caput*). Assim, a atividade urbanística estatal deve ser realizada de modo a garantir aos habitantes da urbe a plena satisfação de suas necessidades essenciais: morar dignamente, ter oportunidades de trabalho, ter momentos de lazer e

lação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo". (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 513) O autor aceita a autonomia do direito urbanístico em relação aos outros ramos do direito público, posto considerá-lo como ramo do direito público. No mesmo sentido, Daniela Campos Libório Di Sarno nega expressamente ser o direito urbanístico um simples capítulo do direito administrativo. Para a autora, é possível reconhecer "a autonomia do direito urbanístico, por ele ter objeto próprio e específico, que o diferencia de todo e qualquer outro ramo da ciência jurídica". (DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri: Manole, 2004, p. 57)

29 A Lei nº 10.257/2001 (art. 2º) elenca as diretrizes gerais da política urbana. Consideramos que se trata de rol de princípios jurídicos extraídos do sistema autônomo de normas de direito urbanístico. O termo "diretrizes gerais" é empregado pelo artigo 182, *caput*, da Constituição Federal no sentido de norma geral. Nessa direção, a União, no exercício da competência constitucionalmente assegurada, expede diretrizes (ou normas gerais) de direito urbanístico, e essas normas podem ser prescritas por meio de princípios ou regras. No nosso entendimento, a Lei nº 10.257/2001 (norma geral de direito urbanístico) estabeleceu em seu artigo 2º um rol de "princípios de direito urbanístico", não obstante ter utilizado do termo "diretrizes gerais", em sentido contrário, portanto, ao extraído da Constituição.

30 No original: "Les clefs de l'urbanisme sont dans les quatre fonctions: habiter, travailler, se récréer (dans les heures libres), circuler". (LE CORBUSIER. *La Charte d'Athènes* (suivi de entretien avec les étudiants des écoles d'Architecture). Paris: Les Éditions de Minuit, 1957, p. 99-100)

se locomover com rapidez e conforto. A utilização dos instrumentos urbanísticos de que dispõe o Poder Público deve estar voltada ao atingimento desse escopo.

A Administração Pública deve organizar o espaço urbano de maneira a assegurar moradia digna a cidadãos de qualquer faixa de renda – e para tanto pode dispor dos instrumentos de regularização fundiária previstos na Lei nº 10.257/2001 (concessão de direito real de uso, concessão de uso especial para fins de moradia, usucapião especial urbano, direito de superfície, demarcação urbanística, legitimação de posse) e em outros diplomas legais (Lei nº 11.977/2009,[31] Lei nº 11.952/2009)[32]. Há, ainda, a possibilidade de construção de conjuntos habitacionais de baixa renda e de *instituição de zonas especiais de interesse social* (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, V, *f*).

A regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda devem ser realizadas "mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais" (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, XIV). Trata-se de mais um princípio do direito urbano pátrio indicado pelo Estatuto da Cidade.

De forma análoga, a mesma lei federal estabelece que a legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo, bem como as normas edilícias, devem ser simplificadas, visando à redução dos custos e ao aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais (art. 2º, XV). As normas de organização do espaço urbano e o código de obras e edificações local não podem se tornar entraves para o atendimento ao direito de moradia, constitucionalmente assegurado (CF, art. 6º).

Faz parte da atividade urbanística estatal, também, promover o crescimento econômico da cidade, com o intuito de garantir trabalho aos seus habitantes. O Poder Público dispõe de instrumentos para tanto, como os *planos de desenvolvimento econômico e social* (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, III, *h*) e os *incentivos e benefícios fiscais e financeiros* (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, IV, *c*).

Da mesma forma, o lazer deve ser garantido à população, por meio da criação de parques, áreas verdes e centros de cultura e de atividades esportivas. Ainda, a circulação há de ser garantida por meio da construção de terminais e corredores de ônibus, ciclovias e linhas de trens metropolitanos e do incremento do sistema viário. Nesse sentido, a Lei nº 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, determina que em todos os Municípios obri-



31 Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

32 Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal.

gados por lei à elaboração do plano diretor[33] "deverá ser elaborado o Plano de Mobilidade Urbana, integrado e compatível com os respectivos planos diretores ou neles inserido" (art. 24, § 1º).[34]

O pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade é, portanto, o vetor da atividade urbanística estatal. O exercício da função urbanística pelo Estado (em cooperação ou não com a iniciativa privada) deve ter como norte a satisfação, no maior grau possível, das necessidades dos habitantes da urbe. Indicamos quatro delas (habitação, trabalho, lazer e circulação), mas há outras que também devem ser garantidas por meio da atividade de organização do espaço urbano, como a disponibilização do sistema de saneamento básico e de iluminação pública, serviço de coleta e tratamento de resíduos sólidos, proteção do patrimônio histórico e natural; todas elas estão relacionadas, de alguma forma, às quatro funções básicas, citadas de início.

O Estatuto da Cidade ampliou o rol de *funções da cidade*, ao definir o direito a cidades sustentáveis como "o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações" (art. 2º, I).[35]

33 A edição do plano diretor é obrigatória para municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes (CF, art. 182, § 1º) e nas hipóteses previstas nos artigo 41 da Lei nº 10.257/2001.

34 O conteúdo do Plano de Mobilidade Urbana é prescrito em linhas gerais pelo artigo 24 da Lei nº 12.587/2012.

35 O Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014), seguindo a tendência de ampliação do conceito, prescreve que "Função Social da Cidade compreende o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social, ao acesso universal aos direitos sociais e ao desenvolvimento socioeconômico e ambiental, incluindo o direito à terra urbana, à moradia digna, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho, ao sossego e ao lazer" (art. 5º, § 1º).

4. Princípio da função social da propriedade urbana

Há diferentes abordagens na doutrina sobre a origem da doutrina da função social da propriedade.

Victor Carvalho Pinto, por exemplo, explica que a origem do conceito está ligada à filosofia política positivista, cujo principal formulador foi Auguste Comte (1798-1857). O positivismo defendia a existência de um Estado tecnocrático, comandado pelo Executivo e fortemente intervencionista,[36] ideias que se identificavam com a tendência de aumento da participação estatal na economia e na organização da sociedade, que se verifica nos Estados europeus a partir de meados do século XIX.

Esses ideais influenciaram o urbanismo,[37] e o modelo de ordenamento territorial das cidades adotado na maioria dos países europeus passou a seguir o sistema positivista. O plano urbanístico – produzido por técnicos a partir de cálculos científicos precisos – passa a regular a possível utilização de cada terreno. Em outras palavras, o zoneamento define a função de cada propriedade (comercial, residencial, institucional) na organização do espaço urbano.

Desenvolve-se daí o conceito de função social da propriedade, introduzido no campo jurídico por Léon Duguit: a propriedade é uma função social atribuída ao proprietário, que, justamente pelo fato de possuir uma riqueza, tem essa função social a cumprir. Para o jurista francês, o proprietário tem o *dever* e o *poder* de empregar a coisa detida na satisfação de suas necessidades individuais, mas, concomitantemente, tem o *dever* e o *poder* de destinar o uso do bem para a satisfação do interesse comum de toda a coletividade.[38] É a

36 PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico*: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 164.

37 Especialmente a escola modernista, da qual fazia parte Le Corbusier.

38 DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit*

lei que institui o plano urbanístico que define a destinação do bem, ou seja, prescreve como deve ser ele utilizado para que o interesse coletivo seja atendido.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que a inspiração mais próxima do princípio da função social da propriedade é a "doutrina social da Igreja", tal como exposta nas Encíclicas *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, de 1961, e *Centesimus Cennus*, de 1991, de João Paulo II. Nesses documentos pontifícios, a propriedade é associada a uma função social, qual seja, a função de servir de instrumento para a criação de bens necessários à subsistência de toda a humanidade.[39]

Controvérsias à parte, não há dúvida de que o surgimento do conceito de função social da propriedade está atrelado ao desenvolvimento do Estado Social de Direito, que, por sua vez, ocorreu, especialmente, em razão da destruição causada em solo europeu pelas duas Grandes Guerras Mundiais. Essa concepção de Estado é caracterizada pela maior intervenção do Poder Público na economia e na sociedade, com limitação mais significativa aos direitos individuais, antes considerados intangíveis pelo ideário liberal. Intervir na economia significa, em larga medida, intervir na propriedade privada, adequando o seu uso a um plano estatal.

Nessa toada, o direito de propriedade perdeu definitivamente o seu caráter absoluto, e o proprietário passou a ser obrigado a utilizar o bem não somente em proveito próprio, mas considerando o pleno respeito ao interesse social consubstanciado no plano urbanístico. Para além das limitações próprias de polícia administrativa, impõe-se ao proprietário a obrigação de utilizar o seu imóvel de acordo com as regras dispostas pelo plano urbano.[40]

Em razão dessas transformações, algumas Constituições promulgadas no primeiro quarto do século XX, como a Constituição da República Alemã de 1919 (Constituição de Weimar) e a Constituição Mexicana de 1917 passaram a prever normas que dispunham sobre o princípio da função social da propriedade.[41]

No sistema normativo brasileiro, o princípio é previsto pela primeira vez, de forma expressa, na Constituição de 1967 (art. 157, III). A Emenda nº 1, de 1969, manteve o preceito em seu artigo 160, III. Os dois Textos elencaram a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica.

Mas foi a Constituição Federal de 1988 que introduziu as transformações mais significativas na disciplina da propriedade privada em solo nacional. O Texto Constitucional vigente incluiu o princípio da função social da propriedade no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, XXIII) e no rol dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, III). Além disso, o artigo 182, § 2º, prescreve que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor", enquanto que a função social da propriedade rural é cumprida quando a propriedade rural atende, segundo critérios estabelecidos em lei,[42] aos

privé depuis le Code Napoléon. 2. ed. rev. Paris: F. Alcan, 1920, p. 165-166.

39 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 170.

40 Antonio Carceller Fernandez, ao comentar o instituto da edificação compulsória no direito espanhol, explica que a qualidade de proprietário passou, em certo sentido, da esfera do *ser* para a do *fazer*; é o gozo útil dos bens, e não sua mera propriedade, que passa a ter especial amparo pelo direito. (FERNANDEZ, Antonio Carceller. *Instituciones de derecho urbanistico*. 2. ed. Madrid: Montecorvo, 1981, p. 287, tradução livre) A propriedade continua sendo um modo de conservar a riqueza, mas também, e sobretudo, um instrumento para produzi-la.

41 Constituição do México de 1917, artigo 27: *a Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público*. Constituição da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar), artigo 153: *a propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social.*

42 Trata-se da Lei nº 8.629/1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.

requisitos indicados no artigo 186 da Carta.

Impõe o Texto Constitucional, portanto, que a utilização da propriedade atenda aos parâmetros urbanísticos definidos no plano diretor. É essa lei municipal[43] que define os coeficientes de aproveitamento mínimo[44] para cada área do território urbano. O proprietário é obrigado a atribuir ao seu imóvel essa utilização mínima, sob pena de sofrer as sanções de edificação ou utilização compulsórias, previstas no artigo 182, § 4º, I, da Constituição Federal, e no artigo 5º do Estatuto da Cidade. Ainda, o titular do domínio deve respeitar o tamanho máximo de lote fixado pelo plano diretor para cada região da cidade, sob pena de sofrer a sanção de parcelamento compulsório, prevista nos mesmos dispositivos. Descumprir esses parâmetros significa desrespeitar a função social da propriedade urbana.

Em outras palavras, o proprietário deve edificar em seu terreno a quantidade de metros quadrados necessária para se atingir o coeficiente mínimo exigido pelo plano diretor, além de atribuir ao imóvel já edificado uma utilização mínima, também definida na lei municipal para cada área do território urbano. Da mesma forma, deve parcelar seu terreno de forma a atingir o tamanho máximo de lote permitido, pelo mesmo diploma local, para a região da cidade em que se localiza o imóvel. Em caso de descumprimento, além das sanções de parcelamento, edificação e utilização compulsórios citadas, estará o proprietário sujeito à cobrança de IPTU com alíquota progressiva no tempo (CF, art. 182, § 4º, II, e Lei nº 10.257/2001, art. 7º) e à desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública (CF, art. 182, § 4º, III, e Lei nº 10.257/2001, art. 8º).

Essas regras de aproveitamento mínimo são estabelecidas em prol do planejamento urbano: em áreas da cidade em que o Poder Público pretenda promover um maior adensamento populacional – em razão da existência de infraestrutura urbana disponível para tanto – são fixados coeficientes de aproveitamento mínimo mais elevados. Ao contrário, em áreas urbanas já suficientemente adensadas, o coeficiente de aproveitamento mínimo fixado pelo plano diretor deverá ser menor. Aplicam-se aqui, também, outros princípios de direito urbano, elencados pelo artigo 2º da Lei nº 10.257/2001: o que determina seja evitado "o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana" (art. 2º, VI, *c*) e "a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização" (art. 2º, VI, *e*).

Busca-se impedir que imóveis situados em áreas da cidade dotadas de adequada infraestrutura urbana permaneçam ociosos, sem utilização condizente com os equipamentos públicos instalados na região. Os investimentos realizados para a implantação dessa infraestrutura são custeados com recursos públicos e valorizam as propriedades situadas na área; deve o titular do domínio, portanto, dar uma utilização adequada ao seu bem – gerando riqueza, movimentando a economia local, disponibilizando moradia – e não simplesmente retê-lo sem qualquer uso, a aguardar a valorização proveniente desses investimentos.

43 O coeficiente de aproveitamento mínimo corresponde a uma limitação administrativa à propriedade (poder de polícia) e, portanto, deve ser imposto por meio de lei.

44 O coeficiente de aproveitamento é definido pelo Estatuto da Cidade como "a relação entre a área edificável e a área do terreno" (art. 28, § 1º). Nesse sentido, o Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014), estabelece que "são considerados imóveis subutilizados os lotes e glebas com área superior a 500m² (quinhentos metros quadrados) que apresentem coeficiente de aproveitamento inferior ao mínimo definido nos Quadros 2 e 2A anexos" (art. 93). Todavia, o plano diretor municipal pode definir, também, outra forma de aproveitamento mínimo, correspondente ao percentual mínimo do imóvel (já edificado) a ser efetivamente utilizado, de acordo com a região da cidade em que se situa. O Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014), por exemplo, determina que "são considerados imóveis não utilizados aqueles com coeficiente de aproveitamento utilizado igual ou superior ao coeficiente de aproveitamento mínimo definido nos Quadros 2 e 2A anexos e que tenham, no mínimo, 60% (sessenta por cento) de sua área construída desocupada por mais de 1 (um) ano ininterrupto" (art. 95).

Por fim, uma última consideração: diante do preceituado pelo artigo 182, § 2º, da Constituição Federal, pode-se afirmar que a plena eficácia do princípio da função social da propriedade urbana só é possível diante da edição da lei municipal que institui o plano diretor municipal. Como os parâmetros para aferir o cumprimento da função social da propriedade urbana estão definidos no plano diretor, sem a edição dessa lei municipal não há como aplicar ao proprietário urbano as sanções pelo seu descumprimento.

É certo que os dispositivos constitucionais que impõem o cumprimento da função social da propriedade (art. 5º, XXIII; art. 170, III) devem ter reconhecida sua efetividade. Porém, de acordo com o próprio Texto Constitucional (art. 182, § 2º), a plena eficácia do princípio, no que toca à propriedade urbana, somente será alcançada com a edição da lei que institui o plano diretor municipal.

Os critérios para o cumprimento da função social do imóvel devem ser objetivamente definidos em um diploma legislativo; do contrário, as sanções poderiam ser aplicadas com base em apreciação subjetiva, caso a caso, do agente público competente para fiscalizar o seu atendimento. Visto que o direito de propriedade é direito fundamental (CF, art. 5º, XXII) e os deveres de utilização do imóvel urbano são obrigações de fazer impostas com base no poder de polícia do Estado, não há dúvida de que o princípio da legalidade incide, na espécie, com todo o seu vigor.

5. Princípio da cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização

O princípio, previsto no artigo 2º, III, da Lei nº 10.257/2001, indica a vontade do legislador de promover a participação da iniciativa privada como parceira do Poder Público na atividade de organização do espaço urbano.

A intenção do Estatuto é possibilitar à Administração Pública suprir a insuficiência de recursos públicos para a (re)ordenação urbanística de determinada área do Município, a partir da utilização do capital privado, em regime de cooperação com os particulares, proprietários ou não dos imóveis situados na região da cidade objeto da intervenção.

Cuida-se, também, de evitar que a atividade urbanística seja realizada por meio de decisões unilaterais da Administração. Os principais destinatários da função urbanística estatal – os habitantes da cidade – são convocados para decidir, em conjunto com o Poder Público, os caminhos da atividade urbanística. Trata-se da aplicação de um método de urbanismo denominado *urbanismo concertado*.[45]

Essa concepção de urbanismo é caracterizada pela colaboração entre particulares e Poder Público, visando à consecução de objetivos que não podem ser alcançados sem ajuda mútua.[46] Transformações significativas

45 Os métodos (ou concepções) de urbanismo são diferentes formas de intervenção do Estado no espaço urbano, com o objetivo de organizá-lo e garantir o desenvolvimento das funções sociais da cidade. Não há uniformidade na doutrina quanto à classificação desses métodos. Reporta-se, aqui, a uma dessas classificações: *urbanismo regulamentar, urbanismo operacional, urbanismo de planificação e urbanismo concertado*. Mas há outras, como a proposta por Jean-Paul Lacaze: *planificação estratégica* (modificação das estruturas do espaço urbano), *composição urbana* (criação de novos bairros), *urbanismo participativo* (melhoria da vida cotidiana dos habitantes), *urbanismo de gestão* (reforço da qualidade dos serviços existentes) e *urbanismo de comunicação* (atração de empresas). Cada um desses métodos tem sua própria finalidade e seu modo de aplicação. São utilizados de acordo com a natureza dos problemas urbanos a serem enfrentados, que, por sua vez, variam muito em função do local, do momento e do contexto econômico e social. Adverte o autor que todos esses métodos conservam *domínios válidos*, ou seja, há tempo e espaço para a aplicação de qualquer um deles, a depender, como dito, das necessidades do espaço urbano. (LACAZE, Jean-Paul. *Os métodos do urbanismo*. Tradução de Marina Appenzeller. 2. ed. Campinas: Papirus, 1993, p. 20-21)

46 Antonio Carceller Fernandez explica que a expressão *urbanismo concertado* deve ser compreendida dentro de um contexto mais amplo de *administração concertada*. Nas palavras do autor, o conceito teve origem na planificação econômica francesa, como uma *terceira via*, superando as opções que dominavam a sociedade na segunda metade do século XX: o capitalismo e o socialismo. Trata-se de

no tecido urbano, em geral, exigem grandes aportes de recursos financeiros, indisponíveis, no mais das vezes, para a maioria dos Municípios brasileiros. Busca-se, por isso, atrair a iniciativa privada para que financie essas intervenções urbanísticas, em troca de benefícios que resultem em lucro para os investidores.

Além disso, o urbanismo concertado é caracterizado pela consensualidade das decisões em matéria urbana. Os planos urbanísticos, por exemplo, passam a ser produzidos com a colaboração da sociedade. A tecnocracia cede espaço à democracia, e as deliberações no processo de (re)urbanização passam a ser tomadas, conjuntamente, pelos órgãos públicos e pelos diversos setores da sociedade civil, em especial aqueles mais diretamente afetados pela intervenção urbanística.

No Brasil, as parcerias entre a Administração Pública para fins de organização urbanística começaram a ser implantadas nas décadas de 1980 e 1990, especialmente no Município de São Paulo, por meio das leis que criaram as *operações urbanas interligadas* (Lei nº 10.209/1986 e Lei nº 11.773/1995) e as *operações urbanas* (Lei nº 11.090/1991 – *Operação Urbana Anhangabaú*; Lei nº 11.732/1995 – *Operação Urbana Faria Lima*; Lei nº 11.774/1995 – *Operação Urbana Água Branca*; e Lei nº 12.349/1997– *Operação Urbana Centro*). Ressalvadas as diferenças entre essas intervenções, todas possuem um fundamento em comum: o uso de recursos privados para o financiamento de melhorias urbanísticas. E mais: em todas é admitida a possibilidade de alteração dos índices urbanísticos e das características de uso e ocupação do solo em favor dos proprietários, desde que estes arquem com uma contrapartida, utilizada pelo Poder Público para atingir as metas fixadas na legislação.



O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), previu outro instrumento de concertação público-privada, que pode ser considerado, de certa forma, uma evolução das técnicas citadas no parágrafo anterior: a *operação urbana consorciada* (arts. 32 a 34-A). Não obstante as diferenças entre as antigas *operações urbanas* e as novas *operações urbanas consorciadas*,[47] o aspecto central da parceria é o mesmo: há o pagamento de uma contrapartida em troca da alteração dos índices urbanísticos definidos na legislação de uso e ocupação do solo urbano vigente, o que permite aos proprietários a possibilidade de construir acima dos limites fixados e atribuir usos até então vedados aos seus imóveis. Aliás,

um sistema no qual as decisões do Poder Público harmonizam-se com as dos sujeitos econômicos, visando atingir resultados ótimos. A Administração, sem abdicar de suas funções nem renunciar aos seus poderes, pretende conseguir o concurso voluntário, a livre adesão dos particulares, a partir da convicção de que somente desse modo poderão ser alcançados os objetivos fixados. Intenta-se obter a colaboração da iniciativa privada para complementar ou substituir uma gestão pública impotente para fazer frente por si só às necessidades da sociedade. (FERNANDEZ, Antonio Carceller. *Instituciones de derecho urbanistico*. 2. ed. Madrid: Montecorvo, 1981, p. 278)

47 Dentre as leis municipais que criaram operações urbanas consorciadas, podemos citar, no Município de São Paulo, a Lei nº 13.260/2001, que criou a *Operação Urbana Consorciada Água Espraiada*; a Lei nº 13.769/2004, que aprovou a *Operação Urbana Consorciada Faria Lima* (revogando a Lei nº 11.732/1995); e a Lei nº 15.893/2013, que instituiu a *Operação Urbana Consorciada Água Branca* (revogando a Lei nº 11.774/1995). No Município do Rio de Janeiro foi editada a Lei Complementar nº 101/2009, que institui a *Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio*. E, no Município de Curitiba, a Lei nº 13.909/2011 criou a *Operação Urbana Consorciada Linha Verde*.

o que estimula o particular a financiar a intervenção é a possibilidade de construir acima dos coeficientes de aproveitamento previstos na legislação municipal. A parceria está, assim, efetivada: os montantes pagos para adquirir potencial adicional construtivo são aplicados na realização das obras que compõem o plano da operação (Lei nº 10.257/2001, art. 33, § 1º). Os novos índices urbanísticos, o perímetro da operação e as contrapartidas devidas pelos interessados devem estar definidos na lei municipal que cria a ação consorciada (Lei nº 10.257/2001, art. 33).

Mais recentemente, foram editadas no Município de São Paulo a Lei nº 14.917/2009, que dispõe sobre o instrumento da *concessão urbanística*, e a Lei nº 14.918/2009, que autoriza o Poder Executivo a aplicar a concessão urbanística em uma área da cidade denominada *Nova Luz*. O atual Plano Diretor paulistano (Lei nº 16.050/2014) prevê o instrumento em seu artigo 144.[48]

Trata-se de uma técnica de intervenção urbanística similar à concessão de serviço público ou à concessão de serviço público precedida de obra pública, ambas previstas na Lei nº 8.987/1995: o concessionário realiza as obras de urbanização ou de reurbanização de determinada área da cidade com recursos próprios e é remunerado com a exploração dos terrenos e edificações destinados a usos privados que resultarem da obra realizada. Assim como na concessão comum, a Administração delega o exercício de função pública – no caso a função urbanística – ao particular, que reforma o espaço urbano com recursos próprios, por sua conta e risco, ressarcindo-se dos investimentos realizados por meio da alienação dos imóveis resultantes da operação. Está presente, portanto, o principal fundamento da *administração concertada* ou, mais especificamente, do *urbanismo concertado*: a escassez de recursos públicos é suprida por meio da delegação do exercício da função pública ao particular.

Há, ainda, no nosso sistema normativo, a previsão de outro instituto que viabiliza a utilização de recursos privados no processo de (re)ordenação urbanística: a *outorga onerosa do direito de construir*, regulada pela Lei nº 10.257/2001 (arts. 28 a 31). Por meio desse instrumento, o proprietário de imóvel situado em área delimitada pelo plano diretor municipal obtém o direito de construir acima do coeficiente básico adotado ou atribuir ao seu imóvel uso diverso do permitido pelo zoneamento, mediante a prestação de determinada contrapartida, geralmente financeira. Os recursos auferidos pelo Poder Público por meio da outorga do direito de construir ou de alteração de uso devem ser aplicados para a consecução dos objetivos indicados no artigo 26 do Estatuto da Cidade,[49] todos eles relacionados à busca pelo pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Há semelhança entre a outorga onerosa do direito de construir e operação urbana consorciada: nos dois casos os interessados arcam com contrapartidas em troca do aumento do potencial construtivo ou da possibilidade de atribuir ao imóvel uso diverso daquele fixado pela lei de uso e ocupação do solo. Mas há uma diferença fundamental entre os instrumentos: os montantes obtidos pela Administração com a outorga onerosa não são necessariamente aplicáveis na mesma área urbana em que os imóveis beneficiados estão localizados. Contrariamente, no caso das operações consorciadas, os recursos

48 Lei nº 16.050/2014 (Plano Diretor do Município de São Paulo): "Art. 144. Com base em autorização legislativa específica, poderá ser realizada concessão para implantar Projeto de Intervenção Urbana elaborado pelo Poder Público, consideradas as diretrizes do Plano Diretor Estratégico".

49 Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade): "Art. 26. [...] I – regularização fundiária; II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; III – constituição de reserva fundiária; IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana; V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico".

obtidos pelo Poder Público devem ser aplicados, exclusivamente, na própria operação. De qualquer modo, a concertação público-privada ocorre em ambos os casos: a iniciativa privada participa do processo de urbanização levado a efeito pelo Poder Público, financiando-o em troca de benefícios previstos em lei.

6. Concertação público-privada para fins urbanísticos e princípio da gestão democrática das cidades

As vantagens do *urbanismo concertado* convivem com o perigo que o uso indevido dos seus instrumentos jurídicos típicos representa para o meio ambiente urbano, especialmente no que toca ao aumento excessivo dos coeficientes de aproveitamento dos imóveis. Especialmente nas grandes e médias cidades brasileiras, a ausência de controle sobre as alterações dos índices urbanísticos promove a *verticalização* excessiva das zonas urbanas, e a infraestrutura pode não ser suficiente para suportar o aumento da demanda por serviços públicos gerado pelo incremento da densidade construtiva e populacional na área, o que contraria frontalmente os princípios indicados no artigo 2º, VI, *a* a *h* da Lei nº 10.257/2001, especialmente os que vedam "o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana" (art. 2º, VI, *c*) e "a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente" (art. 2º, VI, *d*).

Com efeito, os interesses dos parceiros privados que financiam as operações urbanas devem ser compatíveis com o interesse de toda a sociedade em uma forma de ordenação do espaço urbano que privilegie o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. O Poder Público não deve promover ações urbanísticas com intuito meramente arrecadatório, isto é, com o objetivo exclusivo de auferir recursos em função da "venda" de potencial construtivo aos proprietários privados.

Para evitar que essas distorções ocorram, torna-se imprescindível a participação dos interessados – proprietários, empreendedores, usuários, moradores e todos os que habitam a urbe – no processo de planejamento e execução das parcerias público-privadas, a fim de que todos sejam representados, e não somente os grupos mais diretamente interessados nas operações.

Nesse sentido, o Estatuto da Cidade impõe a gestão democrática da política urbana, "por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano" (art. 2º, II). Prescreve, ainda, que a lei que cria a operação urbana consorciada deve prever uma "forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil" (art. 33, VII). O controle popular visa evitar que a concertação público-privada seja desvirtuada, a contrariar o interesse coletivo que deve presidir o exercício da função urbanística estatal.

7. Justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização e recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos

O princípio da cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização está relacionado a outras duas diretrizes,[50] também previstas na Lei nº 10.257/2001 (art.

50 É nítida a relação entre o princípio da cooperação entre governo e iniciativa privada no processo de urbanização e os princípios da justa distribuição dos bônus e ônus da atividade urbanística e da recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização dos imóveis urbanos. A parceria público-privada, além de significar uma alternativa à falta de recursos públicos para a execução da atividade urbanística, prestigia os princípios acima elencados, já que viabiliza a aplicação de recursos privados na (re)organização do espaço urbano.

2º, incisos IX e XI). Trata-se dos princípios da *justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização e recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos*. Esses dois princípios estão diretamente ligados entre si, razão pela qual sua abordagem será feita de forma conjunta.

A intervenção conduzida pela Administração Pública destinada a ordenar o espaço urbano promove, se bem-sucedida, a valorização dos imóveis situados no perímetro objeto da ordenação urbanística. Consequentemente, os proprietários desses bens (os que não tiveram os seus imóveis desapropriados para a execução da obra) são beneficiados pela mais-valia imobiliária resultante da aplicação de recursos públicos.

De fato, a (re)urbanização de determinada área da cidade resulta em sua valorização, em razão do incremento da infraestrutura urbana decorrente da operação; consequentemente, há um aumento do valor de mercado dos imóveis localizados no perímetro da intervenção. Caso a operação seja realizada com recursos exclusivamente públicos, a elevação do preço da propriedade privada terá sido fruto do esforço coletivo, já que o dinheiro aplicado na operação provém do erário. É evidente, nesse caso, a contrariedade ao princípio da isonomia, fundamento dos dois princípios estudados neste item.

Para evitar esse tipo de consequência indesejada da atividade urbanística, há instrumentos jurídicos cuja finalidade é garantir a justa distribuição (perequação)[51] dos benefícios decorrentes do processo de (re) urbanização ou a recuperação da mais-valia imobiliária resultante de investimento público. O Estatuto da Cidade prescreve alguns deles: *contribuição de melhoria* (art. 4º, IV, *b*), *outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso* (arts. 4º, V, *n*, e 28 a 31), *transferência do direito de construir* (arts. 4º, V, *o*, e 35) e *operação urbana consorciada* (arts. 4º, V, *p*, e 32 a 34-A). Já o Decreto-lei nº 3.365/1941 prevê a *desapropriação extensiva*, também conhecida como *desapropriação por zona* (art. 4º).

A contribuição de melhoria é espécie tributária prevista na Constituição Federal (art. 145, III), no Código Tributário Nacional (art. 81 e 82) e no Decreto-lei nº 195/1967. O tributo é devido pelo proprietário do imóvel valorizado em razão da execução de obra pública. O sobrepreço é decorrência de investimento público e o Poder Público deve recuperar esses montantes, a evitar que a aplicação de recursos do erário beneficie extraordinariamente apenas um grupo de contribuintes – os titulares dos imóveis localizados na região objeto da intervenção.

A outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso e a operação urbana consorciada, instrumentos do urbanismo concertado, como visto, promovem a utilização de recursos privados no processo de (re)organização do espaço urbano. Os proprietários de imóveis situados em área urbana arcam com determinadas contrapartidas previstas em lei, a fim de usufruir do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico ou atribuir ao seu imóvel um uso a princípio vedado pela lei municipal de uso e ocupação do solo. Os montantes pagos pelos proprietários (ou investidores, no caso da operação urbana consorciada) são aplicados na execução de obras urbanísticas.[52]

51 Termo utilizado pela doutrina portuguesa como sinônimo de *justa distribuição*. Nesse sentido, Fernando Alves Correia ressalta que o caráter desigualitário das normas jurídico-urbanísticas, não obstante fazer parte da sua essência, "deve ser, por força do princípio da igualdade, condensado nos artigos 13º e 266º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, eliminado ou pelo menos atenuado, através da adopção pelo ordenamento jurídico de instrumentos ou mecanismos adequados, designadamente por meio de técnicas de perequação de benefícios e encargos resultantes dos planos urbanísticos". (CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, v. I, p. 65)

52 No caso da operação urbana consorciada, os recursos privados devem ser aplicados na execução de melhoramentos a serem implantados no perímetro em que se situa o imóvel objeto de valorização, ou seja, na própria área da operação consorciada (Lei nº 10.257/2001, art. 33, § 1º).



Busca-se evitar, assim, que a valorização extraordinária dos imóveis beneficiados pela execução dessas obras decorra apenas e tão somente de investimentos públicos. Os benefícios da organização do espaço urbano são, dessa forma, distribuídos de forma isonômica, já que aqueles diretamente beneficiados arcam com os custos da atividade.

A transferência do direito de construir (Lei nº 10.257/2001, arts. 4º, V, *o*, e 35) também é fundamentada no princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes da atividade urbanística. Assim como os bônus decorrentes do processo de urbanização (valorização reflexa) devem ser distribuídos entre todos os que habitam a urbe – porque todos contribuem para a ação urbanística por meio do pagamento de tributos –, os ônus que atingem especialmente determinado(s) proprietário(s) da mesma forma devem ser repartidos; afinal, as restrições ao direito de propriedade de alguns são efetivadas no interesse de toda a coletividade.

É possível que certas decisões da Administração Pública sobre a ordem urbanística resultem na diminuição do coeficiente de aproveitamento máximo de determinado imóvel. Nestes casos, o seu proprietário, em regra, sofre o prejuízo financeiro decorrente da redução da área edificável do terreno. A restrição pode decorrer da instituição de servidão administrativa, de tombamento ou mesmo da desapropriação parcial do imóvel – instrumentos que atingem propriedades específicas e não um conjunto indeterminado de imóveis, como no caso das limitações administrativas.[53]

A transferência do direito de construir permite que a diminuição do valor da propriedade seja compensada com a venda do potencial construtivo que não poderá mais ser utilizado naquele imóvel, em decorrência da restrição. O titular que sofre uma redução do seu direito de construir pode exercê-lo em outro local, adicionando área edificável a outro imóvel de sua propriedade (Lei nº 10.257/2001, art. 35). Assim, será ressarcido do prejuízo sofrido em razão do sacrifício a que foi submetido – os ônus da atividade urbanística serão, dessa forma, devidamente distribuídos entre todos os beneficiados pela sua execução.

Por fim, indica-se a *desapropriação extensiva,* também conhecida por *desapropriação por zona*, como mais um dos instrumentos de política urbana que visam recuperar os investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos. O artigo 4º do Decreto-lei nº 3.365/1941 permite que a desapropriação abranja tanto "a área contígua necessária ao

53 A doutrina costuma indicar que a diferença essencial entre as limitações administrativas à propriedade e as restrições ao direito de propriedade é a necessidade de indenização ao titular do domínio. Em regra, a imposição de limitações não gera indenização, especialmente por atingirem propriedades indeterminadas, enquanto que as restrições (servidões, tombamento, desapropriação) são indenizáveis, por atingirem bem específico (ou bens específicos), reduzindo o seu valor econômico. Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem os sacrifícios do direito de propriedade são indenizáveis, "sempre que impliquem real declínio da expressão econômica do bem ou subtraiam de seu titular uma utilidade que fruia". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 895)

desenvolvimento da obra pública a que se destina" como as zonas circunvizinhas que "se valorizarem extraordinariamente em consequência da realização".

A finalidade da desapropriação dos imóveis que serão expressivamente valorizados em razão da obra pública executada é evitar que a mais-valia imobiliária permaneça exclusivamente com os proprietários privados. Afinal, nesses casos, o aumento do preço dos imóveis decorre da aplicação de recursos do erário. O objetivo é recuperar este investimento, justamente por meio da desapropriação e posterior revenda dos imóveis situados no perímetro do melhoramento, ou em seus arredores.

Na realidade, a contribuição de melhoria e a desapropriação contígua são instrumentos de difícil aplicação prática. A regulamentação geral sobre a contribuição (CTN, arts. 81 e 82, e Decreto-lei nº 195/1967) é deveras complexa e de difícil aplicação prática.[54] Quanto à desapropriação contígua, trata-se de instituto raramente utilizado pelo Poder Público: a escassez de recursos públicos inviabiliza a expropriação de áreas que não correspondam ao estritamente necessário à execução da obra pública.

Já a aplicação da outorga onerosa e da operação consorciada permite a aplicação de recursos privados diretamente na execução dos melhoramentos urbanísticos. Não há necessidade, portanto, de recuperar investimentos realizados pela Administração: é a própria iniciativa privada que financia a (re) organização do tecido urbano. Por sua vez, a transferência do direito de construir tem a vantagem de evitar que o Poder Público seja obrigado a indenizar o particular em razão da diminuição do valor de seu patrimônio, provocada pela imposição de restrições ao seu direito de propriedade. O proprietário, como visto, é ressarcido pela alienação do potencial construtivo que não pode mais ser utilizado em virtude da intervenção estatal. Assim, os ônus da atividade urbanística são distribuídos sem o dispêndio de recursos do erário, o que facilita o cumprimento da norma prevista no artigo 2º, IX, da Lei nº 10.257/2001.

8. Garantia do direito a cidades sustentáveis

O artigo 2º, I, da Lei nº 10.257/2001 determina dentre as diretrizes da política urbana a "garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações". A previsão legal está, a toda evidência, fundamentada no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, que consagra o princípio do desenvolvimento sustentável.[55] Dizer que o crescimento das cidades deve ser sustentável equivale a afirmar que o desenvolvimento econômico da urbe deve ser compatibilizado com a manutenção da qualidade de vida dos seus presentes e futuros habitantes.

O crescimento econômico deve garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade: a atividade econômica gera os re-

54 Nas palavras de Geraldo Ataliba, "as normas gerais vigentes (arts. 81 e 82 do CTN) estabelecem tantos requisitos para aplicação da c.m. que a tornam de impossível aplicação, além de deformá-la, descaracterizando-a. São nitidamente inconstitucionais e, pois, não obrigatórias para Estados e Municípios, que têm direito de instituir seus tributos sem serem peiados por lei complementar, em casos, como o da c.m., nos quais a dicção constitucional foi suficiente para delinear a competência". (ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 179)

55 "[...] a política ambiental não deve se erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um dos seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material". (MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53) Desenvolvimento sustentável, nos termos do artigo 225 da Carta, significa a compatibilização entre crescimento econômico e preservação de recursos naturais para as presentes e futuras gerações; no futuro a utilização de recursos da natureza – que são limitados – também será imprescindível para o desenvolvimento. Daí o princípio ser denominado de *princípio da solidariedade intergeracional*.

cursos necessários para que a infraestrutura urbana (saneamento ambiental, transportes, serviços públicos em geral) seja instalada.

A norma em questão guarda relação com muitos outros dispositivos do mesmo artigo 2º da Lei nº 10.257/2001. O inciso IV, por exemplo, prevê como diretriz da política urbana o "planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente". A política urbana deve ser executada de modo a evitar a concentração da atividade econômica em apenas algumas áreas do município, em detrimento de outras regiões mais carentes da cidade; ou seja, o planejamento urbano deve promover a efetiva distribuição espacial das atividades econômicas em todo o território da urbe.

A concentração das atividades econômicas em apenas algumas áreas da cidade traz problemas graves de deslocamentos da população trabalhadora dos bairros periféricos (as chamadas "cidades-dormitório") até as áreas urbanas em que se concentra a atividade econômica. A ideia é aproximar o local de moradia do local de trabalho, a fim de minorar os problemas de circulação que atingem as grandes cidades brasileiras.

Ainda, a concentração econômica deve ser evitada por gerar o aumento desproporcional do valor da terra urbana nos bairros centrais das cidades, fator que dificulta ainda mais o acesso à moradia por parte da população de baixa renda. Esse contingente é levado a se instalar em áreas de ocupação proibida, como mananciais, áreas de risco e margens de rios, o que causa problemas ambientais de difícil solução.

Daí a edição de leis que criam incentivos tributários para empresas que se instalam em áreas urbanas menos favorecidas economicamente. Trata-se de instrumento de política urbana previsto no artigo 4º, IV, *c* do Estatuto da Cidade.

Outras duas diretrizes relacionadas ao princípio abordado neste item estão indicadas nas alíneas *f, g* e *h* do inciso VI do artigo 2º da Lei nº 10.257/2001. De acordo com esses preceitos, a ordenação e controle do uso do solo deve ser realizada de forma a evitar a "deterioração das áreas urbanizadas", a "poluição e a degradação ambiental" e a "exposição da população a riscos de desastres".

Deve ser citado, ainda, o princípio que impõe seja a política urbana efetivada de modo a proteger, preservar e recuperar o meio ambiente natural e construído e o patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, XII). Alguns dos instrumentos legais para a consecução dessa diretriz estão previstos no Estatuto da Cidade como instrumentos de política urbana, como o "tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano" (art. 4º, V, *d*) e a "instituição de unidades de conservação" (art. 4º, V, *e*).[56]

Por derradeiro, destaca-se o princípio que determina o "estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais" (Lei nº 10.257/201, art. 2º, XVII). O estímulo à construção sustentável pode ser criado a partir da concessão de "incentivos e benefícios fiscais e financeiros" (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, IV, *c*). Podem ser concedidos financiamentos a juros subsidiados e isenções, por exemplo, ao proprietário que utilizar tecnologias que reduzam o consumo de bens da natureza, como nos casos de utilização de energia solar para geração de eletricidade.[57]

56 Cabe ressaltar que as normas gerais para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação estão dispostas na Lei nº 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

57 Há leis que tornam obrigatória a utilização desse tipo de tecnologia. A Lei nº 14.459/2007, do Município de São Paulo, por exemplo, acrescentou o item 9.3.5 à Seção 9.3 - Instalações Prediais - do Anexo I da Lei nº 11.228, de 25 de junho de 1992 (Código de Obras e Edificações), deter-

9. Gestão democrática das cidades

A diretriz está prevista no artigo 2º, II, da Lei nº 10.257/2001: na execução da política urbana deve ser garantida a "gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano".

O princípio da gestão democrática das cidades garante a participação direta da população na atividade de organização do espaço urbano. Os instrumentos de gestão democrática, previstos nos artigos 43 a 45 do Estatuto, devem ser aplicados tanto na formulação quanto na execução do plano urbanístico. O processo de elaboração, fiscalização e revisão do plano diretor devem contar com a realização de "audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade" (art. 40, § 4º, da Lei nº 10.257/2001).

Na realidade, a gestão democrática não é exclusiva do direito urbanístico. Há diplomas legais de direito administrativo que também preveem a utilização de mecanismos de democracia direta: a Lei nº 8.666/1993 prevê audiência pública para licitações de maior valor (art. 39) e a Lei nº 11.079/2004 impõe a submissão da minuta do edital da parceria público-privada à consulta pública (art. 10, VI). A participação dos administrados é uma das premissas da já referida *administração consensual* ou *concertada*.[58]

Ocorre que, no direito urbanístico, os mecanismos de gestão democrática não são aplicados de forma episódica; sua utilização é pressuposto para edição do instrumento básico da política de desenvolvimento urbano: o plano diretor municipal.

De fato, a Lei nº 10.257/2001 exige, "no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo Municipais garantirão: I - a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade" (art. 40, § 4º, I). Assim, a realização de audiências públicas é requisito de validade do processo legislativo que dá origem ao plano; caso não tenham sido realizadas ou não tenham sido devidamente divulgadas, a lei que institui o plano diretor deve ser considerada inválida.

Ora, o plano diretor é o principal instrumento de política urbana. A aplicação da maior parte dos instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade depende de sua previsão no plano diretor. O parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios somente podem ser aplicados em áreas incluídas no plano diretor (Lei nº 10.257/2001, art. 5º); o direito de preempção, igualmente, incidirá em áreas definidas no plano (art. 25); da mesma forma, as áreas para aplicação da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso e das operações urbanas consorciadas devem estar fixadas no plano diretor (arts. 28, 29 e 32).

Trata-se de aplicação do *princípio da reserva de plano*,[59] segundo o qual todo o tipo

minando que novas edificações devem "ser providas de instalações destinadas a receber sistema de aquecimento de água por meio do aproveitamento da energia solar, na conformidade das disposições de lei específica sobre a matéria".

58 Fernando Dias Menezes de Almeida cita como exemplos de instrumentos jurídicos da *administração consensual*: as audiências e consultas públicas previstas no Estatuto da Cidade; a audiência pública realizada previamente ao início de processos licitatórios destinados a contratações de maior vulto (art. 39 da Lei nº 8.666/1993); submissão da minuta do edital da parceria público-privada a consulta pública, nos termos do artigo 10, VI, da Lei nº 11.079/2004; e a participação popular no processo de licenciamento ambiental, de acordo com a Resolução CONAMA nº 09/1987. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 346-347)

59 Victor Carvalho Pinto ensina que o princípio da reserva de plano consiste "na exigência de que as medidas que possam a vir afetar a transformação do território constem dos planos urbanísticos, como condição para que possam

de intervenção no espaço urbano deve estar previsto no plano diretor. O exercício da função urbanística é fruto de planejamento, que deve abranger toda a atividade da Administração em matéria urbana. A edição de leis esparsas prescrevendo a aplicação de instrumentos não previstos no plano diretor prejudica a execução do planejamento e, muitas vezes, impede a consecução dos seus objetivos.

Isso quer dizer que a utilização de todos esses instrumentos urbanísticos deve ser objeto de discussão nas audiências públicas que antecedem a edição do plano diretor, o que demonstra a enorme importância desse mecanismo de democracia direta para a atividade de organização do espaço urbano. Nas audiências, é discutida a possibilidade de aplicação de cada um desses institutos, as áreas do território urbano que podem ser objeto de intervenção e o zoneamento municipal. A gestão democrática em matéria urbanística, portanto, ocupa local de destaque e sua inobservância provoca a nulidade dos atos normativos editados.

Vale ressaltar que, de acordo com o entendimento por nós adotado, o resultado dessas audiências não vincula os órgãos públicos.[60] No entanto, à Administração, caso não acate aquilo que foi decidido pelos cidadãos que compareceram a esses encontros, restará o dever de motivar sua decisão e impor de que forma o território deverá ser organizado. Afinal, a participação daqueles que habitam a cidade, destinatários da política urbana, é obrigatória, mas o titular da função urbanística é a Administração Pública, que pode, de forma motivada, decidir contrariamente à vontade daqueles que comparecem às consultas públicas.

A participação popular não afasta a importância do protagonismo estatal na atividade urbanística. A organização do espaço urbano é função pública – *dever-poder* da Administração Pública – e sua titularidade, portanto, é indelegável. Como garantidor da prevalência do interesse público sobre o privado, deve o Poder Público – por meio de seus órgãos técnicos especializados ou de entidades da administração indireta criadas para esse fim – ser o condutor principal da ação urbanística. Essa orientação visa evitar que a política urbana seja dominada por setores específicos da sociedade, que busquem garantir privilégios muitas vezes incompatíveis com o interesse coletivo.

Em outras palavras, não é possível substituir o Estado pela iniciativa privada no papel de orientador da atividade de organização do espaço urbano. A afirmação vai ao encontro do Texto Constitucional, que determina que a política de desenvolvimento urbano seja executada pelo Poder Público municipal (art. 182).

Conclusão

O direito urbano conquistou sua autonomia definitiva a partir da edição da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o prescrito nos artigos 24, I e 182-183. O primeiro dispositivo atribui à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico, isto é, determina que suas normas gerais sejam editadas pela União e suplementadas

ser executadas". Para o autor, o princípio da reserva do plano urbanístico impede que intervenções urbanísticas planejadas convivam com ações não planejadas, o que seria prejudicial para o planejamento urbano globalmente considerado. Através da imposição da previsão das ações urbanísticas na lei que institui o plano diretor, permite-se que tais ações sejam "decididas após cuidadosa ponderação das alternativas e avaliação de seus efeitos". (PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico*: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 217-220)

60 É a posição assumida por Mariana Mencio. A autora justifica seu entendimento com base no fato de que na audiência pública há o comparecimento apenas de uma minoria dos cidadãos, cuja vontade não pode se sobrepor à dos representantes eleitos por toda a sociedade. Nas suas palavras, "os institutos da democracia participativa não podem se sobrepor aos institutos da democracia representativa, que, por força de previsão legal, possibilita por meio de eleições livres e democráticas a escolha dos representantes políticos, que deverão deliberar sobre os assuntos administrativos e legislativos". (MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 155)

por Estados e Distrito Federal. O Município também pode suplementá-las, em virtude do artigo 30, II, da Carta.

O Texto Constitucional refere-se expressamente ao direito urbanístico ao lado de outros ramos do direito público (art. 24, I) – o que não foi feito nas Constituições anteriores –, a demonstrar que sua plena autonomia foi alcançada. Ainda, dedicou o Capítulo II do Título VII (*Da ordem econômica e financeira*) inteiramente à política urbana.

Ademais, verifica-se no sistema de normas de direito urbanístico a previsão de princípios que lhe são próprios, o que reforça a conclusão pela autonomia desse ramo do direito público.

Essas normas principiológicas pautam a atividade de organização do espaço urbano: o Poder Público, quando do exercício de sua função urbanística, deve obediência a um rol de princípios específicos dessa área de atuação estatal.

É certo que a atividade urbanística é também regulada por princípios típicos de outros ramos do direito público – especialmente do direito administrativo, ambiental, tributário e financeiro. Afinal, o exercício da *função urbanística* – que equivale ao *dever-poder* da Administração de promover a adequada organização da vida nas cidades – é expressão do exercício da *função administrativa* do Estado. Portanto, inevitavelmente, os princípios aplicáveis a esta são extensíveis àquela.

Além disso, é verdade que muitos dos princípios de direito urbanístico objeto de estudo neste trabalho estão presentes em outros subsistemas jurídicos de direito público, como o direito administrativo e o direito financeiro. Por exemplo, citemos o *princípio da reserva de plano*. O planejamento, em verdade, é condição para o exercício da função administrativa como um todo. A Constituição Federal prevê, no capítulo relativo às Finanças Públicas (arts. 163 a 169), que a atividade da Administração Pública deve ser planejada, é dizer, fundamentada em leis que estabeleçam o *plano plurianual*, as *diretrizes orçamentárias* e os *orçamentos anuais*. Assim, o princípio do planejamento deve guiar toda a atividade da Administração e não somente a atividade urbanística. Da mesma forma, os mecanismos de *gestão democrática* (audiências, consultas públicas, dentre outros) estão previstos, por exemplo, na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993, art. 39) e na lei federal que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (Lei nº 11.079/2004, art. 10, VI).

Mas isso não impede reconhecer a autonomia do direito urbano; como visto, esses princípios comuns a outros ramos têm um enfoque próprio quando incidentes sobre a questão urbana. Quanto ao princípio da reserva de plano, a aplicação de todos os instrumentos urbanísticos deve estar prevista no plano diretor, sob pena de invalidade; já o princípio da gestão democrática incide de tal forma sobre a atividade urbanística que a não-realização de audiências públicas a inviabiliza por completo, visto que se trata de requisito indispensável para a edição do plano diretor.

Ademais, há diretrizes que incidem, especialmente, no momento em que a Administração está a organizar o espaço público. A previsão desses princípios específicos comprovam que o direito urbano já não pode ser tratado como um simples tópico do direito administrativo.

Referências

ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho urbanístico*: instituciones básicas. Mendoza: Ediciones Ciudad Argentina, 1986.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CHARLES, Hubert. *Les principes de l'urbanisme*. Paris: Dalloz, 1993.

CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006. v. I.

DI LORENZO, Italo. *Diritto urbanistico*. Torino: Editrice Torinese, 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri: Manole, 2004.

DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. 2. ed. rev. Paris: F. Alcan, 1920.

FERNANDEZ, Antonio Carceller. *Instituciones de derecho urbanistico*. 2. ed. Madrid: Montecorvo, 1981.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Manual de derecho urbanístico*. 22. ed. Madrid: Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2011.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho urbanístico I*. Madrid: Civitas, 1979.

GILLI, Jean-Paul; LANVERSIN, Jacques de. *Lexique droit de l'urbanisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1978.

KALFLÈCHE, Grégory. *Droit de l'urbanisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACAZE, Jean-Paul. *Os métodos do urbanismo*. Tradução de Marina Appenzeller. 2. ed. Campinas: Papirus, 1993.

LE CORBUSIER. *La Charte d'Athènes* (suivi de entretien avec les étudiants des écoles d'Architecture). Paris: Les Éditions de Minuit, 1957.

_____ . *Urbanismo*. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit de l'urbanisme*. 3. ed. Paris: Éditions Dalloz, 1996.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo III* – Bienes públicos e derecho urbanístico. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico*: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. *In*: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sergio (Coord.) *Estatuto da cidade*: (comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2003.

Revista do TRF3 - Ano XIX - n. 138 - Jul./Set. 2018

O seguro-desemprego do pescador profissional artesanal: dúplice perspectiva do defeso – proteção das espécies e dignidade do segurado especial



Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho

Procurador do Trabalho do Ministério Público da União. Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela USP. Especialista em Relações Internacionais pela UCAM/RJ. Professor universitário. Coordenador Nacional da Coordenadoria Nacional do Trabalho Portuário e Aquaviário do Ministério Público do Trabalho. Ex-Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é apresentar o seguro-desemprego do pescador profissional artesanal sob dúplice perspectiva: política ambiental de proteção das espécies e política social de garantia de renda ao segurado especial durante o período de impossibilidade de exercício de sua atividade profissional. Analisa-se a legislação pertinente a fim de construir um arcabouço teórico e pragmático dos requisitos de concessão do benefício. Conclui-se o estudo revelando que a transferência da concessão do benefício do seguro-desemprego em decorrência do defeso para o Instituto Nacional do Seguro Social se insere entre as medidas da União Federal visando submeter essa política pública de Seguridade Social a um controle estatal rigoroso.

PALAVRAS-CHAVE: Pescador artesanal. Defeso. Benefício da Seguridade Social.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Algumas considerações sobre a previsão da proteção em face do desemprego involuntário: Constituição da República de 1988 e Lei de Benefícios da Previdência Social. 2. A proteção do pescador artesanal no período do defeso como política de preservação das espécies. 3. A concessão do seguro-desemprego do pescador profissional artesanal. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

A pesca é uma atividade econômica de relevo no plano internacional, despertando interesse de diversos organismos intergovernamentais e não governamentais.

A Organização das Nações Unidas (ONU) revela a importância da pesca para o desenvolvimento sustentável e para a segurança alimentar da população global.

A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), por sua vez, preocupa-se com um dos maiores desafios para o futuro que é alimentar mais de 9 (nove) bilhões de pessoas no mundo por volta do ano de 2050 em um contexto de mudança climática, incertezas econômicas e aumento da competição por recursos naturais, levando a sociedade internacional a adotar a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Entre diversas questões, a Agenda 2030 estabeleceu em seu objetivo 14 a "conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável", o que passa, necessariamente, pela regulação da coleta, bem como pelo enfrentamento da sobrepesca, ilegal, não reportada e não regulamentada e das práticas de pesca destrutivas, inclusive quanto a subsídios estatais que contribuam para essas práticas deletérias.[1]

Segundo as Nações Unidas, os pescadores artesanais representam 90% da força de trabalho empregada pelo setor pesqueiro.[2]

A escolha do presente tema é fundada em dois aspectos: 1) a proteção do pescador artesanal nos períodos em que o mesmo se encontra proibido de pescar em decorrência de um ato do Estado; 2) o estabelecimento, pelo Poder Público, de períodos de sobrestamento da pesca de determinadas espécies, objetivando a reprodução das mesmas.

Nesse sentido, por intermédio de uma política pública de Seguridade Social, contribui-se para a sustentabilidade da pesca artesanal, contendo-se o esforço de captura com a finalidade de preservação das espécies, para as presentes e futuras gerações.

1. Algumas considerações sobre a previsão da proteção em face do desemprego involuntário: Constituição da República de 1988 e Lei de Benefícios da Previdência Social

A Seguridade Social, como sistema de proteção da pessoa humana em face de contingências sociais, objetiva assegurar que todos vivam com dignidade em uma sociedade de riscos.

Procurando compatibilizar os princípios da universalidade e da distributividade, o sistema busca um equilíbrio ideal entre as políticas setoriais, integrando os subsistemas da saúde, da previdência social e da assistência social.

Em uma sociedade capitalista, com tensões inerentes à relação capital e trabalho, a perda do trabalho por iniciativa do empregador configura-se uma realidade com a qual o trabalhador convive continuamente.

Ainda não disciplinada pelo legislador complementar – e talvez nunca venha a ser –, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988) continua a ser um direito fundamental não consagrado no plano fenomênico, chegando-se à contradição de se considerar um direito potestativo do empregador despedir o trabalhador sem qualquer motivo.

1 A Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu, no ano de 2017, que o dia 5 de junho seja o Dia Internacional contra a pesca ilegal, não declarada e não regulamentada, que servirá para mobilizar apoio à luta contra a superexploração da vida marinha.

2 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/fao-celebra-decisoes-da-assembleia-geral-para-defender-agricultura-familiar-e-pesca-artesanal/>. Acesso em: 05 jun. 2018.

Não havendo uma proteção efetiva contra a dispensa arbitrária (ou imotivada), cabe ao Estado a tarefa de minimizar os efeitos deletérios da perda do trabalho. Efeitos, pontue-se, que atingem o indivíduo, a sua família e a sociedade como um todo.

Conquanto a inércia do legislador em proteger um dos principais direitos fundamentais da pessoa humana – qual seja, o direito ao trabalho – deva ser denunciada e enfrentada, o propósito desse breve estudo não comporta maiores dilações acerca dessa questão.

A evidência dessa omissão é flagrante, ou seja, transcorridos 30 anos da promulgação da Constituição Cidadã, o Congresso Nacional não foi capaz de produzir uma norma vocacionada à dignificação da pessoa humana em uma das relações mais basilares de uma sociedade – a relação de emprego.[3]

Para proteger a pessoa do desemprego involuntário, ou seja, quando o trabalhador não deu causa à sua despedida, o Estado Social lhe assegura um benefício mensal substitutivo da renda do trabalho, de curta duração, denominado seguro-desemprego.

Cabe assinalar que o benefício do seguro-desemprego já se encontrava previsto na Constituição de 1946, porém somente foi introduzido no ordenamento jurídico no ano de 1986, por intermédio do Decreto-Lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, e regulamentado pelo Decreto nº 92.608, de 30 de abril de 1986.[4]

Wagner Balera observa que esta norma inicia a implantação, no Brasil, da era da Seguridade Social,[5] que iria ser definitivamente positivada pela CRFB/1988 (arts. 194 e seguintes).

O artigo 7º, inciso II, da CRFB/1988 estabelece ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais, dentre outros, seguro-desemprego em caso de desemprego involuntário.

Já no âmbito da Ordem Social, o artigo 201, inciso III, da CRFB/1988 é explícito na inclusão do desemprego involuntário entre os riscos sociais a cargo da Previdência Social, *in verbis*:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
> [...]
> III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

Conforme o disposto no artigo 194, parágrafo único, inciso II, da CRFB/1988, deve haver uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços da Seguridade Social às populações urbanas e rurais.

Dessa feita, o Constituinte Originário não deixa dúvidas de que a política de proteção contra o desemprego involuntário deve ser equivalente aos trabalhadores urbanos e rurais, não devendo ser tolerados tratamentos discrepantes negativos entre essas espécies de trabalhadores.

No caminho da efetivação das políticas de enfrentamento ao desemprego involuntário, no âmbito da Seguridade Social, após a promulgação da CRFB/1988, o benefício passou a integrar o Programa do Seguro-Desemprego, criado pela Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que também deliberou sobre a fonte de custeio, com a instituição do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).[6]

3 Apesar de demonstrar celeridade e empenho em diversos projetos de lei que tiveram como objetivo o aviltamento de direitos fundamentais dos cidadãos.

4 LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de direito previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 741.

5 BALERA, Wagner. *O seguro-desemprego no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1993, p. 70.

6 O benefício do seguro-desemprego ao pescador profissional artesanal, durante o período do defeso, será pago à conta do FAT, instituído pela Lei nº 7.998/1990, nos termos do artigo 5º da Lei nº 10.779/2003.

A principal fonte de custeio do Programa do Seguro-Desemprego está prevista no artigo 239 da CRFB/1988, ao dispor que a arrecadação decorrente das contribuições para o PIS e para o PASEP passa a financiar o programa do seguro-desemprego e o abono do PIS.

> Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

Também são vertidos outros recursos para o FAT, como é o caso das multas por descumprimento de Termos de Ajustamento de Conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou condenações em dano moral coletivo em ações civis públicas ajuizadas no âmbito da Justiça do Trabalho.[7]

Outro ponto que deve ser salientado é que a própria CRFB/1988, em observância ao princípio da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V), dispõe que o financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei (art. 239, § 4º, da CRFB/1988). Trata-se de mais uma norma constitucional de pouca eficácia no plano dos fatos.

A Lei nº 8.213/1991, repetindo o prescrito no artigo 201, inciso III, da CRFB/1988, inclui o desemprego involuntário entre as contingências sociais a serem enfrentadas pela Previdência Social.

> Art. 1º. A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, *desemprego involuntário*, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. (sem destaque no original)

Aparentemente, o benefício estaria entre as prestações a cargo da Previdência Social, que tem no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a entidade da administração pública federal com atribuição legal de administrar e operacionalizar o Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Entretanto, o seguro-desemprego, apesar de destinado a cobrir a contingência social desemprego involuntário, não é administrado diretamente pelo INSS, conforme se verifica do artigo 9º, § 1º, da Lei nº 8.213/1991.

> Art. 9º. A Previdência Social compreende:
> I - o Regime Geral de Previdência Social;
> II - o Regime Facultativo Complementar de Previdência Social.
> § 1º O Regime Geral de Previdência Social - RGPS garante a cobertura de todas as situações expressas no art. 1º desta Lei, exceto as de desemprego involuntário, objeto de lei específica, e

7 A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), em seu artigo 13, prescreve que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Como não existe esse fundo na seara trabalhista, para recomposição de danos metaindividuais gravitando em torno das relações de trabalho, optou-se por destinar esses valores ao FAT. Deve ser ponderado que o FAT não cumpre os requisitos da Lei da Ação Civil Pública na medida em que o Ministério Público não integra o CODEFAT (Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador). Nessa toada, não há exigência legal de o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho destinarem tais recursos ao FAT, o que tornam descabidas as tentativas da Advocacia-Geral da União em vincular a destinação das multas e condenações em ações coletivas trabalhistas ao FAT.

de aposentadoria por tempo de contribuição para o trabalhador de que trata o § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Essa disposição, e o fato de não haver contribuição por parte do trabalhador, tem levado a doutrina a dissentir quanto à natureza jurídica do benefício.

A Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho e Emprego, por intermédio do Parecer CONJUR/MTE nº 256/2010, reconheceu que o seguro-desemprego tem natureza previdenciária, embora não integrante do RGPS e disciplinado em legislação especial.[8]

De qualquer forma, o enquadramento como benefício previdenciário (não integrante do plano de benefícios do RGPS) parece ser a interpretação que mais se coaduna com a tutela do trabalhador.

Ao lado do seguro-desemprego tradicional, previsto na Lei nº 7.998/1990, o Estado brasileiro criou política pública de renda para o pescador artesanal no período do defeso, que se configura como a garantia de um salário-mínimo no período em que o trabalhador se encontra proibido de realizar a sua atividade profissional.

2. A proteção do pescador artesanal no período do defeso como política de preservação das espécies

Consoante supramencionado, o benefício tradicional do seguro-desemprego tem como fundamento um ato do empregador, o despedimento imotivado ou sem justa causa. Assim, protege-se o trabalhador contra o risco do desemprego involuntário, contingência social própria de uma economia fundada no modo de produção capitalista.



Contudo, existe hipótese em que o trabalhador fica impossibilitado de exercer a sua atividade profissional não por uma conduta de seu tomador de serviços, mas proveniente de um ato do Poder Público. Esse ato configura-se na decisão administrativa de impedir a pesca de determinadas espécies, por certos períodos de tempo, objetivando a preservação e reprodução dessas espécies. Esse período é denominado de defeso.

O seguro defeso do pescador profissional artesanal tem uma configuração particular em relação ao benefício tradicional, na medida em que está construído sobre a sustentabilidade das espécies passíveis de captura pelo trabalhador. Portanto, apresenta desenho finalístico, centrado na preservação de uma determinada espécie, tangenciando-se, por óbvio, a dignidade do pescador impedido de pescá-la enquanto viger o defeso.

Logicamente, em uma visão de sociedade antropocêntrica, delineada na CRFB/1988 (art. 1º, inciso III), quando faz o ordenamento jurídico gravitar em torno da dignidade da

8 Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/437536/RESPOSTA_PEDIDO_PARECER%20CONJUR%20MTE%20256-2010%2047625.000214.2010-82.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

pessoa humana, poder-se-ia defender que a finalidade principal e primeira é proteger o pescador impedido de exercer a sua profissão.

Contudo, um olhar diferente é possível, sem afastar a centralidade na pessoa humana.

De acordo com o exposto na introdução do presente artigo, a FAO tem demonstrado preocupação com o futuro da humanidade, sobretudo em função das projeções de crescimento da população mundial. Esse aumento demográfico agrava-se em um cenário ambiental adverso, fruto do fenômeno do aquecimento global, com impactos evidentes no clima e repercussões na capacidade de produção de alimentos, em terra e no meio aquático (rios, lagos, mares e oceanos).

J. Samuel Barkin e Elizabeth R. Desombre, para explicar a gravidade da situação da pesca mundial, de forma direta, coloca o problema nos seguintes termos: "muitas embarcações, 'caçando' muito pouco peixe".[9]

Tanto isso é verdade, que o objetivo 14 da Agenda 2030 da ONU se refere à conservação e ao uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável.

Assim, a proteção das espécies piscosas, passando pelo disciplinamento de sua captura, em última análise, relaciona-se diretamente com a sustentabilidade desses recursos, convergindo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida em dupla dimensão temporal, o presente e o futuro (art. 225 da CRFB/1988).

Quando a Constituição Federal afirma ser dever da coletividade e do Poder Público defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, o faz com evidente centralidade na pessoa humana. Desta forma, a atuação do Estado, nas diversas searas de responsabilidade pública, deve ser compatibilizada com a sustentabilidade dos recursos ambientais, vivos e não vivos.

> Uma vez que aceitemos que uma biosfera equilibrada é pré-condição física da vida, à sua preservação tem que ser conferido um *status* constitucional essencial e privilegiado. Essa reorientação afetará todos os elementos centrais da Constituição: os objetivos globais da política, os direitos fundamentais e as instituições. O objetivo do governo tem que ser estendido do bem-estar econômico e social para o ecológico – direitos fundamentais têm que ser complementados por deveres fundamentais e direitos ecológicos [...].[10]

A proteção do meio ambiente, nessa toada, é essencial para a própria existência da humanidade, em sentido amplo, e de cada indivíduo, nuclearmente considerado. Essas visões macro e micro se completam e se integram no benefício do seguro defeso.

Enxergar o seguro defeso a partir dessa conformação é fundamental, pois descola-se da lógica de outras prestações da Seguridade Social. Conquanto se constitua como um direito subjetivo do pescador atingido pelo defeso, não é deferido pelo simples fato de o trabalhador se enquadrar como segurado especial da espécie pescador artesanal. Não há assegurado ao pescador artesanal receber um salário-mínimo por um determinado número de parcelas pelo estabelecimento anual do defeso pela autoridade federal competente. Deve-se observar algumas condicionantes, em razão de seu aspecto finalístico.

O benefício do seguro-desemprego em decorrência do defeso está previsto no artigo 1º da Lei nº 10.779/2003,[11] *in verbis*:

9 "[...] too many boats, chasing too few fish" (tradução livre do autor). BARKIN, J. Samuel; DESOMBRE, Elizabeth R. *Saving global fisheries*. Cambridge: MIT Press, 2013, p. 2.

10 ROTHENBURG, Walter Claudius. A Constituição ecológica. *In*: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Desafios do direito ambiental no século XXI*. Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 817-818.

11 A Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, dispõe sobre a concessão do benefício de seguro desemprego, durante o período de defeso, ao pescador profissional que

> Art. 1º O *pescador artesanal* de que tratam a alínea "b" do inciso VII do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e a alínea "b" do inciso VII do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que exerça sua *atividade profissional ininterruptamente*, de forma artesanal e individualmente ou em regime de economia familiar, fará jus ao benefício do seguro-desemprego, no valor de 1 (um) salário-mínimo mensal, durante o *período de defeso* de atividade pesqueira para a preservação da espécie. (sem destaque no original)

A partir desse dispositivo legal, algumas considerações são necessárias.

A primeira abordagem a ser feita refere-se à atividade pesqueira disciplinada em nosso ordenamento jurídico.

A pesca é uma atividade multifacetária que pode ser exercida de diversas maneiras, nem sempre embarcada. O mais usual seja a captura das espécies com a utilização de embarcações. As embarcações de pesca podem variar significativamente de porte, de pequenas canoas a navios pesqueiros de grandes dimensões, alguns inclusive com capacidade de processar o pescado ainda em alto- mar.[12]

Nos termos da Lei nº 11.959/2009,[13] pesca é "toda operação, ação ou ato tendente a extrair, colher, apanhar, apreender ou capturar recursos pesqueiros". Esse diploma legal classifica a pesca em comercial e não comercial (art. 8º):

> Art. 8º. Pesca, para os efeitos desta Lei, classifica-se como:
> I – comercial:
> a) artesanal: quando praticada diretamente por pescador profissional, de forma autônoma ou em regime de economia familiar, com meios de produção próprios ou mediante contrato de parceria, desembarcado, podendo utilizar embarcações de pequeno porte;
> b) industrial: quando praticada por pessoa física ou jurídica e envolver pescadores profissionais, empregados ou em regime de parceria por cotas-partes, utilizando embarcações de pequeno, médio ou grande porte, com finalidade comercial;
> II – não comercial:
> a) científica: quando praticada por pessoa física ou jurídica, com a finalidade de pesquisa científica;
> b) amadora: quando praticada por brasileiro ou estrangeiro, com equipamentos ou petrechos previstos em legislação específica, tendo por finalidade o lazer ou o desporto;
> c) de subsistência: quando praticada com fins de consumo doméstico ou escambo sem fins de lucro e utilizando petrechos previstos em legislação específica.

Conforme o dispositivo que trata do seguro defeso, a atividade pesqueira abrangida pela política social em questão é a pesca comercial artesanal. Nessa medida, não são destinatários do benefício aqueles que se dedicam à pesca não comercial (científica, amadora ou de subsistência).

No que tange à pesca comercial, a legislação a subdivide em duas espécies, artesanal e industrial.

Os pescadores profissionais que exercem a sua atividade na pesca comercial industrial são enquadrados como segurados empregados ou contribuintes individuais, na medida em que a atividade é exercida com envolvimento de pescadores profissionais com vínculo empregatício ou em regime de parceria, ou até mesmo como empreendedores. Durante o período do defeso, cabe ao tomador de

exerce a atividade pesqueira de forma artesanal.

12 Essas espécies de embarcações não são comuns em águas brasileiras, sendo que arvoram bandeiras estrangeiras. Interessante observar que esses navios pesqueiros funcionam como verdadeiras indústrias, na medida em que, após a captura da espécie piscosa, processa o pescado em alto-mar, entregando no porto de desembarque o produto já beneficiado. Assim, além das peculiaridades do meio ambiente marítimo típico das embarcações, ainda há a presença da planta industrial, aproximando esses navios do ambiente de uma indústria.

13 A Lei nº 11.959, de 29 de junho de 2009, dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca e regula as atividades pesqueiras.

serviços a manutenção da relação de emprego com pagamento do salário, na eventualidade de não ser firmado contrato a termo (contrato de trabalho por prazo determinado).

Esse aspecto tem levado para a informalidade muitos trabalhadores do setor pesqueiro, em um misto de resistência da formalização da relação de emprego por parte dos empresários da pesca – visando a redução dos encargos sociais –, e do desejo do próprio pescador de não ter a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) assinada – por entenderem que o enquadramento como pescador artesanal é mais benéfico (não apenas pela concessão do seguro-desemprego pelo defeso, mas também na contagem de atividade para a aposentadoria como segurado especial.

Obviamente, essa realidade tem contribuído para a concessão indevida do seguro-desemprego pelo defeso, aumentando as estatísticas de fraudes identificadas pelos órgãos de controle.

Por definição, a pesca artesanal (que é subespécie da pesca comercial) configura-se quando praticada diretamente por pescador profissional, de forma autônoma ou em regime de economia familiar, com meios de produção próprios ou mediante contrato de parceria, desembarcado, podendo utilizar embarcações de pequeno porte.

O artigo 9º, § 14, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, considera pescador artesanal aquele que, individualmente ou em regime de economia familiar, faz da pesca sua profissão habitual ou meio principal de vida, desde que, não utilize embarcação ou utilize embarcação de pequeno porte, nos termos da Lei nº 11.959, de 29 de junho de 2009.

Por sua vez, o artigo 10, § 1º, da Lei nº 11.959/2009, ao classificar as embarcações que operam na pesca comercial, prescreve como de pequeno porte as que possuem arqueação bruta (AB)[14] igual ou menor que 20 (vinte).

A Lei nº 10.779/2003 ainda exige que o pescador artesanal, para ter direito ao benefício do seguro-desemprego em decorrência do defeso, exerça a sua atividade profissional de forma ininterrupta. Considera-se ininterrupta a atividade exercida durante o período compreendido entre o defeso anterior e o em curso, ou nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do defeso em curso, o que for menor (art. 1º, § 3º, da Lei nº 10.779/2003 e art. 1º, § 1º, do Decreto nº 8.424/2015).[15]

Também deve ser observado que somente terá direito ao seguro-desemprego o segurado especial pescador artesanal que não disponha de outra fonte de renda diversa da decorrente da atividade pesqueira (art. 1º, § 4º, da Lei nº 10.779/2003).

Desta forma, a proteção durante o período do defeso abarca apenas o trabalhador que faz da pesca a sua atividade habitual, o que difere da noção de atividade principal. Protege o pescador que mantém a si próprio e a sua família por intermédio da atividade pesqueira. Se o pescador artesanal possui outra atividade, mesmo que secundária (por exemplo, moto-taxista, pequeno comerciante, entre outras), não fará jus ao benefício durante o período do defeso.

O período do defeso é aquele fixado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) com a finalidade de preservação da espécie marinha, fluvial ou lacustre a cuja captura o pescador se dedique.

14 Entende-se por arqueação bruta a expressão da capacidade total da embarcação constante da respectiva certificação fornecida pelo órgão competente. Os órgãos competentes para certificar a capacidade total da embarcação são a capitania dos portos, a delegacia ou a agência fluvial ou marítima. (LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de direito previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 151)

15 O Decreto nº 8.424, de 31 de março de 2015, regulamenta a Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, para dispor sobre a concessão do benefício de seguro-desemprego, durante o período de defeso, ao pescador profissional artesanal que exerce sua atividade exclusiva e ininterruptamente. A Instrução Normativa do INSS que trata da concessão do benefício do seguro-desemprego ao pescador artesanal apresenta a mesma definição de atividade ininterrupta (art. 1º, § 1º, da IN INSS/Pres nº 83/2015).

O Ministério do Meio Ambiente define defeso como a "medida que visa proteger os organismos aquáticos durante as fases mais críticas de seus ciclos de vida, como a época de sua reprodução ou ainda de seu maior crescimento". Para o órgão, o período de defeso "favorece a sustentabilidade do uso dos estoques pesqueiros e evita a pesca quando os peixes estão mais vulneráveis à captura, por estarem reunidos em cardumes".[16]

Importante apresentar as diversas normas que se referem a esse período de forma a concluir qual deve ser a sua dimensão temporal e abrangência fática motivadora de sua instituição pela autoridade competente.

Nos termos do artigo 2º, inciso XIX, da Lei nº 11.959/2009, defeso é a "paralisação temporária da pesca para a preservação da espécie, tendo como motivação a reprodução e/ou recrutamento,[17] bem como paralisações causadas por fenômenos naturais ou acidentes".

Como já mencionado, o artigo 1º da Lei nº 10.779/2003 prescreve que:

> Art. 1º. O pescador artesanal de que tratam a alínea "b" do inciso VII do artigo 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e a alínea "b" do inciso VII do artigo 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que exerça sua atividade profissional ininterruptamente, de forma artesanal e individualmente ou em regime de economia familiar, fará jus ao benefício do seguro-desemprego, no valor de um salário-mínimo mensal, durante o período de defeso de atividade pesqueira para a preservação da espécie.

O artigo 1º, § 3º, do Decreto nº 8.424/2015, define como períodos de defeso, para fins de concessão do benefício, a "paralisação temporária da pesca para preservação das espécies, nos termos e prazos fixados" pelos órgãos federais competentes.

Finalmente, o artigo 1º da Instrução Normativa da Presidência do INSS nº 83/2015, se refere aos procedimentos para a concessão do seguro-desemprego do pescador profissional artesanal (SDPA) que "exerça sua atividade profissional ininterruptamente, de forma artesanal, individualmente ou em regime de economia familiar, durante o período de defeso da atividade pesqueira para a preservação da espécie".

Segundo essa Instrução Normativa, entende-se como período de defeso, para fins de concessão do benefício, "a paralisação temporária da atividade pesqueira para preservação da espécie, nos termos e prazos fixados pelos órgãos competentes, conforme o § 2º do artigo 1º da Lei nº 10.779, de 2003". (Art. 1º, § 4º, da IN INSS/Pres nº 83/2015).

Há que se observar que a definição do defeso prevista na Lei nº 11.959/2009 é mais ampla do que a constante da Lei nº 10.779/2003. Na Lei nº 11.959/2009, o defeso abrange também as paralisações causadas por fenômenos naturais ou acidentes, enquanto que na Lei nº 10.779/2003 – legislação específica para o pagamento do seguro defeso ao pescador artesanal – o período do defeso está relacionado à proteção das espécies no período de reprodução.

Destarte, é possível sustentar que o pagamento do benefício somente seria devido no caso do defeso vocacionado para a sustentabilidade ambiental, finalidade precípua de sua instituição. A despeito dessa interpretação, o CODEFAT tem reconhecido, em algumas hipóteses, o direito ao recebimento do benefício em decorrência de eventos naturais, como é o caso de seca.

É o caso da Resolução nº 749, de 2 de

16 Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/recursos-pesqueiros/per%C3%ADodos-de-defeso>. Acesso em: 06 jun. 2018.

17 A lei não define o termo recrutamento. O recrutamento está associado à fase explorável do recurso pesqueiro, referindo-se ao momento em que o mesmo adentra a área de pesca. Nos termos do Manual de Avaliação de Recursos Pesqueiros da FAO, recrutamento à fase explorável significa o "número de indivíduos de um manancial, que em cada ano entram pela primeira vez na área da pescaria". (Disponível em: <http://www.fao.org/tempref/docrep/fao/005/x8498p/x8498p00.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018)

julho de 2015 do CODEFAT,[18] que dispõe sobre o reconhecimento, em caráter excepcional, em razão da ocorrência de caso fortuito/força maior ocasionado pelo fenômeno natural da seca, do direito ao recebimento do seguro-desemprego do pescador artesanal no Estado do Ceará, para prorrogar o período de recepção do Requerimento do Seguro-Desemprego Pescador Artesanal, referente aos defesos dos anos de 2014 e 2015, estabelecidos na Portaria IBAMA nº 4, de 28 de janeiro de 2008.

Talvez a política social mais adequada, em decorrência de continuidade, prolongamento ou repetição desses fenômenos naturais, seja a reabilitação do trabalhador, a cargo da Previdência Social, para outra atividade que lhe garanta condições de manutenção, e não a prorrogação sucessiva do defeso e o consequente pagamento do benefício do seguro-desemprego.

Por derradeiro, cabe analisar o destinatário dessa espécie de seguro-desemprego. Como visto acima, o artigo 1º da Lei nº 10.779/2003 dispõe ser devido o benefício, durante o período de defeso de atividade pesqueira para a preservação da espécie, ao "pescador artesanal de que tratam a alínea 'b' do inciso VII do artigo 12 da Lei nº 8.212/1991, e a alínea 'b' do inciso VII do artigo 11 da Lei nº 8.213/1991, desde que exerça sua atividade profissional ininterruptamente, de forma artesanal e individualmente ou em regime de economia familiar".

O pescador artesanal é enquadrado, pela legislação previdenciária, como segurado especial, consoante se verifica do artigo 11, inciso VII, alínea "b", da Lei nº 8.213/1991.

> Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:
> [...]
> VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:
> [...]
> b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e
> c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e *b* deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.

Nos termos do artigo 11, § 1º, da Lei nº 8.213/1991, entende-se como regime de economia familiar:

> [...] a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

Oportuno destacar que, desde a promulgação da Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2009, a utilização de empregados não descaracteriza o enquadramento do trabalhador como segurado especial, desde que observados os parâmetros estabelecidos no § 7º do artigo 11 da Lei nº 8.213/1991.

> Art. 11. [...]
> § 7º O grupo familiar poderá utilizar-se de empregados contratados por prazo determinado ou de trabalhador de que trata a alínea *g* do inciso V do *caput*, à razão de no máximo 120 (cento e vinte) pessoas por dia no ano civil, em períodos corridos ou intercalados ou, ainda, por tempo equivalente em horas de trabalho, não sendo computado nesse prazo o período de afastamento em decorrência da percepção de auxílio-doença. (Redação dada pela Lei nº 12.873/2013)

18 Efeitos prorrogados pela Resolução nº 781, de 22 de fevereiro de 2017.

A pesca artesanal é aquela atividade tradicional das comunidades ribeirinhas, em que muitas vezes a participação do núcleo familiar integra o esforço de captura das espécies pescadas, o que configura o denominado regime de economia familiar.

Pelo princípio da primazia da realidade, quando observado que o exercício da atividade pesqueira ocorreu de forma diversa daquela prevista na norma caracterizadora do segurado especial, o enquadramento do trabalhador deverá realizar-se na espécie de segurado apropriada do artigo 11 (empregado, contribuinte individual ou trabalhador avulso), afastando-se o direito ao recebimento do seguro-desemprego em função do defeso.

Nessa toada, o benefício somente é devido ao segurado especial pescador artesanal, que exerce a atividade pesqueira de forma profissional, habitual e ininterruptamente.

3. A concessão do seguro-desemprego do pescador profissional artesanal

Desde a edição da Medida Provisória nº 665/2014,[19] alterando o artigo 2º da Lei nº 10.779/2003, o benefício do seguro-desemprego do pescador profissional artesanal passou a ser concedido e mantido pelo INSS, retirando esse encargo do Ministério do Trabalho.

> Art. 2º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) receber e processar os requerimentos e habilitar os beneficiários, nos termos do regulamento.

Na exposição de motivos da MP nº 665/2014, o item 8 faz referência ao seguro-desemprego destinado aos pescadores artesanais em período de defeso, apresentando o seu objetivo em relação a esse benefício.



> 8. Por fim, esta medida provisória também faz alterações no seguro-desemprego destinado aos pescadores artesanais em período de defeso. O objetivo é tornar mais claro o enquadramento para fins de concessão do benefício pecuniário, diferenciando aqueles que vivem exclusivamente da pesca daqueles que exercem outras atividades profissionais.

Notícia publicada no sítio oficial do Senado Federal na rede mundial de computadores, em 31 de dezembro de 2014, parece revelar a finalidade da MP nº 665/2014, publicada no Diário Oficial da União no dia anterior.

> O Congresso Nacional deve analisar, em 2015, medida provisória que altera as regras da concessão de benefícios previdenciários e trabalhistas. Publicada nesta terça-feira (30) no *Diário Oficial da União*, a MP 665/2014 *aumenta o rigor para a concessão do abono salarial, do*

19 A MP nº 665/2014 foi convertida na Lei nº 13.134, de 16 de junho de 2015.

> *seguro-desemprego e do seguro-defeso dos pescadores artesanais.*[20] (sem destaque no original)

A transferência do processo administrativo concessório do Ministério do Trabalho para o INSS pode estar associada com o histórico de fraudes na concessão do benefício, que apresentou uma curva ascendente desde a criação dessa política pública. A percepção dos pescadores (verdadeiros ou não) é que se tornou mais dificultoso o deferimento dos benefícios a partir da assunção pelo INSS dessa atribuição.

Para se habilitar ao benefício, o pescador deverá apresentar ao INSS os seguintes documentos:[21]

> I - registro como pescador profissional, categoria artesanal, devidamente atualizado no Registro Geral da Atividade Pesqueira (RGP),[22] emitido pelo Ministério da Pesca e Aquicultura com antecedência mínima de 1 (um) ano, contado da data de requerimento do benefício;
> II - cópia do documento fiscal de venda do pescado a empresa adquirente, consumidora ou consignatária da produção, em que conste, além do registro da operação realizada, o valor da respectiva contribuição previdenciária de que trata o § 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, ou comprovante de recolhimento da contribuição previdenciária, caso tenha comercializado sua produção a pessoa física; e
> III - outros estabelecidos em ato do Ministério da Previdência Social que comprovem:
> a) o exercício da profissão, na forma do art. 1º desta Lei;
> b) que se dedicou à pesca durante o período definido no § 3º do art. 1º desta Lei;
> c) que não dispõe de outra fonte de renda diversa da decorrente da atividade pesqueira.

Assim, terá direito ao benefício do seguro-desemprego o pescador profissional artesanal que preencher os seguintes requisitos:[23]

> I - ter registro no RGP, com situação cadastral ativa decorrente de licença concedida, emitido pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, na condição de pescador profissional artesanal, observada a antecedência mínima prevista no art. 2º da Lei nº 10.779, de 2003;
> II - possuir a condição de segurado especial unicamente na categoria de pescador profissional artesanal;
> III - ter realizado o pagamento da contribuição previdenciária, nos termos da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nos últimos doze meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício ou desde o último período de defeso até o requerimento do benefício, o que for menor, observado, quando for o caso, o disposto no inciso IV do *caput* do art. 5º;
> IV - não estar em gozo de nenhum benefício decorrente de programa federal de transferência de renda com condicionalidades ou de benefício de prestação continuada da Assistência Social ou da Previdência Social, exceto auxílio-acidente ou pensão por morte; e
> V - não ter vínculo de emprego, ou outra relação de trabalho, ou outra fonte de renda diversa da decorrente da atividade pesqueira vedada pelo período de defeso.

20 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/12/31/medida-provisoria-endurece-regras-do-seguro-desemprego>. Acesso em: 10 jun. 2018.

21 Artigo 2º, § 2º, da Lei nº 10.779/2003.

22 O artigo 5º da Lei nº 11.959/2009 exige a autorização para que a pessoa possa realizar atividade de pesca, que se formaliza por intermédio do RGP ("Art. 5º. O exercício da atividade pesqueira somente poderá ser realizado mediante prévio ato autorizativo emitido pela autoridade competente, asseguradas: I – a proteção dos ecossistemas e a manutenção do equilíbrio ecológico, observados os princípios de preservação da biodiversidade e o uso sustentável dos recursos naturais; II – a busca de mecanismos para a garantia da proteção e da seguridade do trabalhador e das populações com saberes tradicionais; III – a busca da segurança alimentar e a sanidade dos alimentos produzidos.").

23 Artigo 2º do Decreto nº 8.424/2015.

Nos termos do artigo 5º do Decreto nº 8.424/2015, para requerer o benefício de seguro-desemprego, o pescador deverá apresentar ao INSS:

> I - documento de identificação oficial;
> II - comprovante de inscrição no Cadastro de Pessoa Física - CPF;
> III - inscrição no RGP, com licença de pesca, emitida pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, na condição de pescador profissional artesanal que tenha a atividade pesqueira como única fonte de renda, observada a antecedência mínima prevista no art. 2º da Lei nº 10.779, de 2003;
> IV - cópia do documento fiscal de venda do pescado a empresa adquirente, consumidora ou consignatária da produção, em que conste, além do registro da operação realizada, o valor da respectiva contribuição previdenciária de que trata o § 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 1991, ou cópia do comprovante de recolhimento da contribuição previdenciária, caso tenha comercializado sua produção a pessoa física; e
> V - comprovante de residência em Município abrangido pelo ato que instituiu o período de defeso relativo ao benefício requerido, ou seus limítrofes.

A Instrução Normativa da Presidência do INSS nº 83/2015 ainda exige, para defesos restritos à pesca embarcada, os seguintes documentos:[24]

> a) Certificado de Registro de Embarcação, emitido pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, em que conste a autorização para captura da espécie objeto do defeso;
> b) para as embarcações com propulsão a motor, cópia do Título de Inscrição de Embarcação registrado na Marinha do Brasil;
> c) Caderneta de Inscrição e Registro – CIR, emitida pela Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil – DPC, em que conste a categoria do titular como Pescador Profissional; e
> d) rol de equipagem da embarcação, emitida pela DPC, em que conste o pescador no rol de tripulantes.

Esses requisitos adicionais previstos na Instrução Normativa da Presidência do INSS para a pesca embarcada são muito criticados pelos pescadores, argumentando que nunca foram exigidos anteriormente para a concessão do benefício. Contudo, a crítica não procede, pois a legislação brasileira impõe, para exercício de atividade profissional como tripulante a bordo de embarcações,[25] a documentação de habilitação de aquaviário expedida pela Marinha do Brasil.

O pescador integra um dos grupos de aquaviários previstos no Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998, que regulamente a Lei nº 9.537/1997,[26] mais precisamente o terceiro grupo, disposto no inciso III, do artigo 1º desse Decreto:

> Art. 1º Os aquaviários constituem os seguintes grupos:
> [...]
> III - 3º Grupo - Pescadores: tripulantes que exercem atividades a bordo de embarcação de pesca;

Por definição legal,[27] aquaviário é "todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional". Destarte, sendo o pescador aquaviário, e exercendo atividade

24 Artigo 6º, inciso VI, da IN INSS/Pres nº 83/2015.

25 Nos termos do artigo 2º, inciso V, da Lei nº 9.537/1997, embarcação é definida como "qualquer construção, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas, sujeita a inscrição na autoridade marítima e suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas ou cargas". Portanto, o porte, arqueação bruta, dimensão, características de construção ou propulsão, não influenciam no conceito de embarcação para a legislação brasileira.

26 Trata-se da Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário, conhecida como LESTA.

27 Artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.537/1997.

profissional a bordo de embarcações, deve ser certificado pela autoridade marítima (Marinha do Brasil).

Nos termos da Normam 13/2003 (Norma da Autoridade Marítima para Aquaviários), para o exercício de atividade de atividade profissional a bordo de embarcações nacionais, o aquaviário deverá estar portando a Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) com a etiqueta de dados pessoais atualizada (regra 0107).

Essa norma ainda define que o rol de equipagem é o "documento hábil, obrigatório para embarcações na navegação em mar aberto e interior" e "serve para garantir o direito decorrentes dos embarques e desembarques de tripulantes verificados em uma única embarcação" (regra 0206 da Normam 13/2003). Nesse documento deve constar os dados da embarcação, do proprietário e do armador, assinatura e nome legível do Comandante, proprietário, armador ou preposto (representante legal), dados dos tripulantes e dados dos embarques e desembarques dos mesmos.

Com esses documentos, o INSS tem condições de verificar, para os pescadores que alegam trabalhar embarcados, a veracidade dos fatos, bem como diligenciar junto ao órgão competente no sentido de obter informações sobre as embarcações. Como a pesca artesanal embarcada se dá em embarcações de pequena arqueação bruta, por exemplo, um número elevado de pescadores vinculados a uma mesma embarcação pode indicar inconsistências.

O artigo 2º, § 8º, da Lei nº 10.779/2003, dispõe que o benefício de seguro-desemprego será concedido "ao pescador profissional artesanal cuja família seja beneficiária de programa de transferência de renda com condicionalidades", cabendo "ao órgão ou à entidade da administração pública federal responsável pela manutenção do programa a suspensão do pagamento pelo mesmo período da percepção do benefício de seguro-desemprego".

Desta forma, as famílias beneficiárias do programa bolsa-família, que são aquelas que se encontram mais fragilizadas na sociedade poderão usufruir do seguro-desemprego pago ao pescador artesanal durante o período em que o segurado especial se encontre impossibilitado de exercer a atividade pesqueira.

Cabe ressaltar que, conforme prescrito no artigo 1º, § 5º, da Lei nº 10.779/2013, incluído pela Lei nº 13.134/2015, "o pescador profissional artesanal não fará jus, no mesmo ano, a mais de um benefício de seguro-desemprego decorrente de defesos relativos a espécies distintas".

Esse dispositivo conduz a outra situação fática importante, qual seja, o pescador segurado especial que se dedica à pesca de diversas espécies. Se no período do defeso de uma espécie, o segurado especial mantém o direito de pescar outras espécies, por óbvio que ele não terá direito ao recebimento do seguro defeso, pois não se encontra impedido de exercer a sua profissão. Desta feita, mesmo se dedicando à espécie do defeso, comprovadamente, e não estando vedada a captura de outras espécies, o benefício não deverá ser deferido pelo INSS.

A Lei da Pesca trouxe vedação à concessão do benefício a pessoas que exercem atividades de apoio à pesca. Assim, "a concessão do benefício não será extensível às atividades de apoio à pesca nem aos familiares do pescador profissional que não satisfaçam os requisitos e as condições estabelecidos nesta Lei" (art. 1º, § 6º, da Lei nº 10.779/2003, incluído pela Lei nº 13.134/2015).

Trouxe, ainda, importante norma vocacionada para coibir fraudes na concessão do seguro-desemprego (art. 3º), dispondo que, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis, todo aquele que fornecer ou beneficiar-se de atestado falso para o fim de obtenção do benefício de que trata esta Lei estará sujeito a demissão do cargo que ocupa, se servidor público e a suspensão de sua atividade, com

cancelamento do seu registro, por dois anos, se pescador profissional.

Essas sanções, portanto, voltam-se tanto para os agentes públicos responsáveis pela emissão de documentos e informações passíveis de gerarem a concessão do benefício quanto para os pescadores que se utilizam desses documentos. Ademais, a aplicação da sanção administrativa não obsta a persecução penal, no caso de tipificação como crime, e nem a ação de reparação de danos.

Por derradeiro, o benefício será cancelado nas hipóteses prescritas no artigo 4º da Lei nº 10.779/2003:

> Art. 4º O benefício de que trata esta Lei será cancelado nas seguintes hipóteses:
> I - início de atividade remunerada;
> II - início de percepção de outra renda;
> III - morte do beneficiário;
> IV - desrespeito ao período de defeso; ou
> V - comprovação de falsidade nas informações prestadas para a obtenção do benefício.

Os incisos I e II referem-se a hipóteses em que o pescador profissional passa a exercer atividade remunerada que torna desnecessária a manutenção do pagamento do seguro-desemprego, bem como o início de percepção de outra renda, convergindo para o desenho do benefício tradicional, na medida em que o seguro-desemprego se constitui de uma prestação Seguridade Social substitutiva da renda do trabalhador.

A morte do beneficiário (inciso III), também é causa de cancelamento do seguro-desemprego, pois o benefício tem natureza personalíssima, consoante prescrição expressa do artigo 1º, § 7º, da Lei nº 10.779/2003.

O inciso V, que traz a hipótese de cancelamento por comprovação de falsidade nas informações prestadas para a obtenção do benefício, está fundado no dever de controle do Estado sobre os seus atos administrativos que, eivados de vícios, originados na própria conduta ou de terceiros, devem ser corrigidos pela própria administração pública. Assim, evidenciada a prática de fraude para obtenção do seguro-desemprego, o mesmo deve ser cancelado, observada, por óbvio, a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório aplicável também ao processo administrativo (art. 5º, inciso LV, da CRFB/1988).

Quanto à hipótese do inciso IV, qual seja, o desrespeito ao período do defeso, a norma é adequada ao objetivo da criação do benefício como política pública social.

Além do cancelamento do benefício, o pescador poderá responder por crime ambiental contra a fauna, prescrito no artigo 34 da Lei nº 9.605/1998.[28]

> Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:
> Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.
> Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:
> I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;
> II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;
> III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.

Há que ser destacado, ainda, que a prática de infração ambiental durante o período do defeso pode configurar a agravante prevista no artigo 15, alínea "g", da mesma lei, desde que não constitua crime ou qualificadora do tipo penal.

Encerrando o presente estudo, cabem algumas considerações quanto à competência para processar e julgar as demandas em face

28 A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente.

do INSS envolvendo a concessão e/ou manutenção do benefício em questão.

Sendo o INSS a autarquia federal responsável pela habilitação, concessão e manutenção do seguro-desemprego do pescador profissional artesanal, em observância ao artigo 109 da CRFB/1988, a competência para processar e julgar as ações em face da entidade é da Justiça Federal, ressalvada as hipóteses de benefício de natureza acidentária.

Quanto aos benefícios acidentários, existe controvérsia sobre a Justiça competente, havendo corrente que defende a competência da Justiça Federal na medida em que não haveria, em tese, discussão posterior de responsabilidade de terceiros.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, enquanto detinha competência regimental para apreciar lides de natureza previdenciária, ressalvou o benefício para segurado especial decorrente de acidente do trabalho da competência da Justiça Estadual.[29]

> [...] 1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é assente quanto à competência residual da Justiça Estadual para processar demanda relativa a acidente de trabalho. Entretanto, a comprovação da qualidade de segurado especial, para fins de concessão de benefício perante a Autarquia Previdenciária, como no caso, é matéria estranha à competência da Justiça Estadual, devendo ser a demanda processada pela Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF.
> 2. Somente seria possível o processamento da presente ação no Juízo Estadual, se a Comarca do domicílio do segurado não fosse sede de Vara Federal, o que, entretanto, não configura a hipótese dos autos.
> 3. Conflito de Competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 17ª Vara da Subseção Judiciária de Petrolina da Seção Judiciária de Pernambuco, o suscitante, para processar e julgar a presente demanda, inobstante o parecer do MPF.
> (STJ, Terceira Seção, CC 86.797/PE, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22/08/2007, *DJ* 03/09/2007, p. 119)

Em decisões mais recentes, a Primeira Seção, que assumiu a competência regimental para apreciar as lides previdenciárias, vem entendendo ser da Justiça Estadual a competência para as lides de natureza acidentária envolvendo segurado especial.

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. SEGURADO ESPECIAL. QUALIDADE DE SEGURADO. REQUISITO COMUM AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ACIDENTÁRIOS. CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR.
> 1. A Terceira Seção, à época em que detinha competência para matéria previdenciária, firmou entendimento de que, no caso de segurado especial, a concessão de benefícios acidentários seria de competência da Justiça Federal.
> 2. Constatadas decisões monocráticas em sentido contrário, com fundamento nas Súmulas 15/STJ e 501/STF, faz-se necessário que a Primeira Seção, atualmente competente para a matéria, firme entendimento sobre o tema.
> 3. Considerando que a qualidade de segurado é condição *sine qua non* para a concessão de qualquer benefício, seja acidentário ou previdenciário, tem-se, consequentemente, que ela não serviria de critério para definir a competência,

29 Há também precedente da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região: Incidente de Uniformização 0001110-58.2008.4.04.7064/PR, Relator Juiz Federal Alberi Augusto Soares da Silva, j. 01/04/2011, DE 08/04/2011. Entretanto, por ocasião de juízo de retratação, esse precedente foi alinhado ao entendimento do STF, proferido em sede de repercussão geral (tema 414 – RE 638.483/PB). Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=6822585>. Acesso em: 20 de julho de 2018

> restando analisar, apenas, a causa de pedir e o pedido.
> 4. Diante das razões acima expostas e do teor das Súmulas 15/STJ e 501/STF, chega-se à conclusão de que deve ser alterado o entendimento anteriormente firmado pela Terceira Seção, a fim de se reconhecer a competência da Justiça estadual para a concessão de benefícios derivados de acidente de trabalho aos segurados especiais.
> 5. Agravo interno provido para, em juízo de retratação, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Cáceres/MT, o suscitante.
> (STJ, Primeira Seção, AgInt no CC 152.187/MT, Relator Ministro OG Fernandes, j. 13/12/2017, DJe 01/02/2018)

A despeito da norma constitucional que excepciona a competência da Justiça Federal para processar e julgar as demandas em que seja parte o INSS, no caso de acidente do trabalho, não há fundamento razoável para atribuição da competência à Justiça Estadual, a não ser uma vetusta origem da administração do seguro acidente do trabalho por entidades privadas, o que não ocorre hodiernamente.

De qualquer forma, fica a crítica ao dispositivo, merecendo um estudo mais aprofundado, mormente porque o mesmo fato que ocorre no plano fenomênico pode se desdobrar em demandas processadas e julgadas em diversas justiças (Justiça Estadual – ação ajuizada pelo segurado ou seu dependente em face do INSS para discutir benefício previdenciário de natureza acidentária; Justiça do Trabalho – ação ajuizada pelo trabalhador ou seus dependentes em face do tomador de serviços, buscando a indenização por danos materiais e/ou morais; Justiça Federal – ação regressiva acidentária ajuizada pela Autarquia Previdenciária em face do tomador de serviços pelo descumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho). Mesmo fato, três justiças diversas com competência para analisar a dinâmica do evento, gerando o risco real de decisões contraditórias.

Conclusão

O Sistema de Seguridade Social desenhado na CRFB/1988 pretende proteger a pessoa humana quando atingida por contingências sociais que gerem risco ou estado de necessidade.

O desemprego involuntário encontra-se entre os riscos que devem ser cobertos pela Previdência Social, embora exista controvérsia acerca da natureza jurídica do benefício seguro-desemprego.

Entre as espécies de seguro-desemprego, o legislador criou um benefício com dúplice vocação: a proteção do pescador profissional artesanal durante o período em que fica proibido de exercer a sua atividade de pesca por ato do Poder Público e a preservação das espécies com vistas à reprodução, durante um período moratório de captura denominado de defeso.

Assim, por intermédio dessa política social, protege-se o pescador que exerce a sua profissão ininterruptamente durante os períodos que o Estado lhe proíbe de pescar. Simultaneamente, busca-se a conservação das espécies, permitindo que as mesmas se reproduzam e se recuperem dos esforços de pesca acumulados ao longo dos anos.

A transferência para o INSS da atribuição de conceder e manter esse benefício revela uma preocupação da União Federal com essa política pública, alvo de inúmeras ocorrências de fraudes, das mais diversas tipologias. E essa mudança, objeto de críticas dos destinatários do benefício e de outros intervenientes no processo de concessão, deve ser entendida como salutar para coibir a concessão de benefícios àqueles que não se enquadram como pescadores profissionais artesanais, sobretudo em momento de escassez de recursos financeiros para enfrentar todas as atribuições constitucionais do Poder Público na seara social.

Também se espera que os órgãos do sistema de justiça percebam que toda vez que

se confere um benefício social a quem não tem direito, não se lesa apenas o Erário, mas toda a sociedade que, no final das contas, arca com todo o aparato estatal. Afinal, não existe dinheiro público, na medida em que os recursos financeiros que ingressam nos cofres públicos são retirados da sociedade por intermédio do poder de tributar do Estado.

Bibliografia

BALERA, Wagner. *O seguro-desemprego no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1993.

BARKIN, J. Samuel; DESOMBRE, Elizabeth R. *Saving global fisheries*. Cambridge: MIT Press, 2013.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de direito previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A Constituição ecológica. *In*: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Desafios do direito ambiental no século XXI*. Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 813-831.

Revista do TRF3 - Ano XIX - n. 138 - Jul./Set. 2018

A soberania popular e as restrições à capacidade eleitoral passiva: o Brasil na contramão da evolução democrática ocidental



Gabriela Shizue Soares de Araujo

Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (COGEAE – PUC/SP). Professora de Direito Constitucional na Graduação da Escola Paulista de Direito (EPD). Professora convidada de Direito Constitucional na Pós-graduação da UNIFIEO. Advogada.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo ressaltar a importância da ampla liberdade de escolher e ser escolhido, ou de votar e ser votado, dentro de qualquer sistema democrático representativo, principalmente no caso do Brasil, o qual viabiliza poucas alternativas de participação popular que não o voto, periódico, nas eleições. Para ressaltar a importância da soberania popular nas tomadas de decisões estatais e a construção do princípio democrático em torno dos primados da liberdade e da igualdade, procede-se a uma breve evolução dos modelos democráticos no mundo ocidental, partindo-se do modelo ideal da democracia direta da Antiguidade grega até a consolidação do modelo representativo no Estado moderno. Com esses pressupostos fixados, pretende-se demonstrar que a legislação que restringe direitos políticos no Brasil, em especial o direito de ser votado, contribui para o *déficit* democrático e a crise de representatividade que atravessa o país. Para tanto, é apresentado um estudo analítico da lei de inelegibilidades no Brasil, com suas origens histórico-políticas, traçando-se um comparativo com os tratados de direitos humanos dos quais o país é signatário e precedentes julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com efeitos *erga omnes*, que não estão sendo respeitados no país.

PALAVRAS-CHAVES: Democracia. Soberania popular. Capacidade eleitoral passiva. Inelegibilidades. Lei da Ficha Limpa.

ABSTRACT: The purpose of this article is to emphasize the importance of the broad freedom to choose and to be chosen, or to vote and to be voted, within any representative democratic system, especially in the case of Brazil, which provides few alternatives for popular participation other than voting, during periodic elections. To demonstrate the importance of popular sovereignty in state decision-making and the construction of the democratic principle around the primacy of freedom and equality, a brief evolution of democratic models in the Western world is presented, starting from the ideal model of the Classic Antiquity until the consolidation of the representative model in the Modern State. With these assumptions, it is intended to demonstrate that legislation that restricts political rights in Brazil, especially the right to vote, contributes to the democratic deficit and the crisis of representativeness that crosses the country. For that, an analytical study of the rules that restrict the right to be voted in Brazil, with its historical-political origins is presented, drawing a comparison with the human rights treaties of which the country is a signatory and precedents judged by the Inter-American Court of Human Rights, with erga omnes effects, which are not being respected by the country.

KEYWORDS: Democracy. Popular sovereignty. Passive electoral capacity. Ineligibilities. Clean Records Act.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Soberania da vontade popular e liberdade política. 3. Aspectos antidemocráticos da lei de inelegibilidades no Brasil. 4. Capacidade eleitoral passiva no Direito brasileiro e nas Cortes Internacionais. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A democracia puramente representativa, isto é, aquela em que a participação popular é restrita às eleições periódicas, não parece mais suficiente para atender às profundas alterações nas relações humanas trazidas pela era de desenvolvimento tecnológico do século XXI.

As comunicações ganharam uma velocidade tal, com o advento da internet, das redes sociais, dos *smartphones* e afins, que hoje é natural que as vozes e opiniões de cidadãos comuns se proliferem instantaneamente em diversas esferas de debate informais e, ao mesmo tempo, com acesso transnacional.

Destarte, se a democracia pressupõe participação popular e debate público sobre os interesses comuns à coletividade, e se esse debate já ocorre virtualmente na esfera digital, nos mais variados assuntos, não há, porém, como justificar o alijamento da maioria do povo à participação na política apenas pelo exercício do voto, a cada quatro anos, nas eleições de seus representantes, tal como acontece no Brasil.

Aliás, não seria exagero deduzir o abissal *déficit* democrático brasileiro justamente do intencional afastamento do povo dos assuntos públicos: em trinta anos de vigência da Constituição Federal atual, realizou-se apenas um plebiscito e um referendo, não se aprovou

nenhum projeto de lei de iniciativa popular,[1] houve 99 (noventa e nove) emendas à Constituição, sem qualquer consulta ou debate público precedentes, e dois *impeachments* presidenciais – o mais recente em 2016.

Ocorre que, embora nossa Constituição tenha sido pródiga na positivação de direitos e liberdades individuais, políticos e sociais, o legislador constituinte não conseguiu estruturar com igual acuidade os mecanismos institucionais que garantiriam o pleno gozo de tais direitos, o que pode ser atribuído em parte à tardia redemocratização do país, apenas em 1988, após duas décadas de ditadura militar.

Herdou-se, assim, um elitismo democrático que perdurou durante quase todo o período republicano anterior ao golpe militar de 1964, período em que a participação política era majoritariamente restrita aos homens brancos das elites oligárquicas, mesmo quando já havia o direito de voto.

Com isso, a democracia semidireta prevista no texto constitucional nunca saiu do papel e reservou-se ao povo brasileiro apenas o direito ao sufrágio, configurando-se, na prática, a democracia exclusivamente representativa.

Diversos foram os entraves burocráticos e procedimentais estabelecidos para os mecanismos de participação popular alternativos à representação, como, por exemplo, a prerrogativa facultativa e exclusiva[2] do Congresso Nacional de convocar referendos e plebiscitos.[3] Como agravante, a ausência de vivência democrática desestimula uma associação cívica capaz de cobrar o chamamento popular ao debate em conselhos, audiências públicas ou quaisquer outras esferas públicas de poder.

Não é à toa, portanto, que o Brasil atravessa uma crise institucional de consequências ainda incalculáveis para sua recente democracia: afora a preocupante bipolarização da sociedade brasileira, chama a atenção o crescente sentimento de aversão aos assuntos da política e à própria classe política como um todo.

Sob esse contexto, considerou-se importante explorar no presente estudo as origens da democracia e da construção do sentido de vontade popular, para se extrair – partindo-se da Antiguidade grega, onde se praticava a democracia direta, até os Estados modernos, que consolidaram o modelo representativo – os pressupostos necessários à manutenção do princípio democrático.

Conforme será demonstrado, a política ao povo pertence, em toda a sua pluralidade e diversidade de partícipes, de modo que qualquer afastamento ou rejeição popular aos

1 Há quatro projetos de lei que, doutrinariamente, até poderiam ser considerados de iniciativa popular, em razão da mobilização social que se deu em torno deles, mas não o foram em termos procedimentais-constitucionais, posto que deflagrados formalmente por outros legitimados para sua propositura. Apesar do amplo apoio popular, não se conseguiu superar os óbices burocráticos e formais para sua viabilização sem que tais projetos fossem "adotados" por parlamentares, para que só então se convertessem nas seguintes leis: Lei nº 8.930/1994 (Projeto de Iniciativa Popular Glória Perez); Lei nº 9.840/1999 (captação de sufrágio); Lei nº 11.124/2005 (Fundo Nacional para Moradia Popular); Lei Complementar nº 135/2010 (Ficha Limpa).
De fato, os requisitos constitucionais para a deflagração de um projeto de lei de iniciativa popular são praticamente inalcançáveis em uma sociedade sem cultura de associação cívica; exige-se, para a produção de lei em âmbito federal: a apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído por, pelo menos, cinco Estados, com não menos que 0,3% dos eleitores de cada um deles (artigo 61, § 2°, da Constituição Federal de 1988).

2 "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;". (Constituição Federal Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jun. 2018)

3 A única vez em que o brasileiro foi chamado a participar de um plebiscito, em nível nacional, foi em 1993, e isso porque a própria Constituição já previa esse evento, no artigo 2° do ADCT. Realizou-se um para a escolha entre a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo) a serem adotados, tendo-se decidido pela manutenção da república constitucional e do sistema presidencialista de governo.
Em 23 de outubro de 2005, realizou-se um referendo para aprovar ou rejeitar a proibição da comercialização de armas de fogo e munição no país. Como resultado do referendo, a comercialização de armas de fogo foi permitida.

assuntos da política poderia ensejar abusos do poder estatal, quer seja perpetrado por um indivíduo, por um grupo socioeconômico (elites, aristocratas, nobres), por uma corporação (mídia, empresas), ou até mesmo por um poder burocrata (como alguns se referem ao ativismo judicial).

Será possível compreender, assim, que qualquer regime minimamente democrático deve reverenciar o povo como titular do absoluto poder soberano de decidir sobre a condução do Estado em torno do qual irá se agrupar, e, para tanto, é necessário que se garanta, igualmente, a todos os cidadãos, o pleno gozo de suas liberdades políticas, que se realizam tanto no direito de votar como no direito de ser votado.

Verifica-se que, se não bastasse a ausência de mecanismos eficazes de participação popular que não o voto, em eleições periódicas, a legislação brasileira atual é extremamente restritiva com relação ao pleno exercício de direitos políticos, na contramão dos pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário e das mais recentes decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

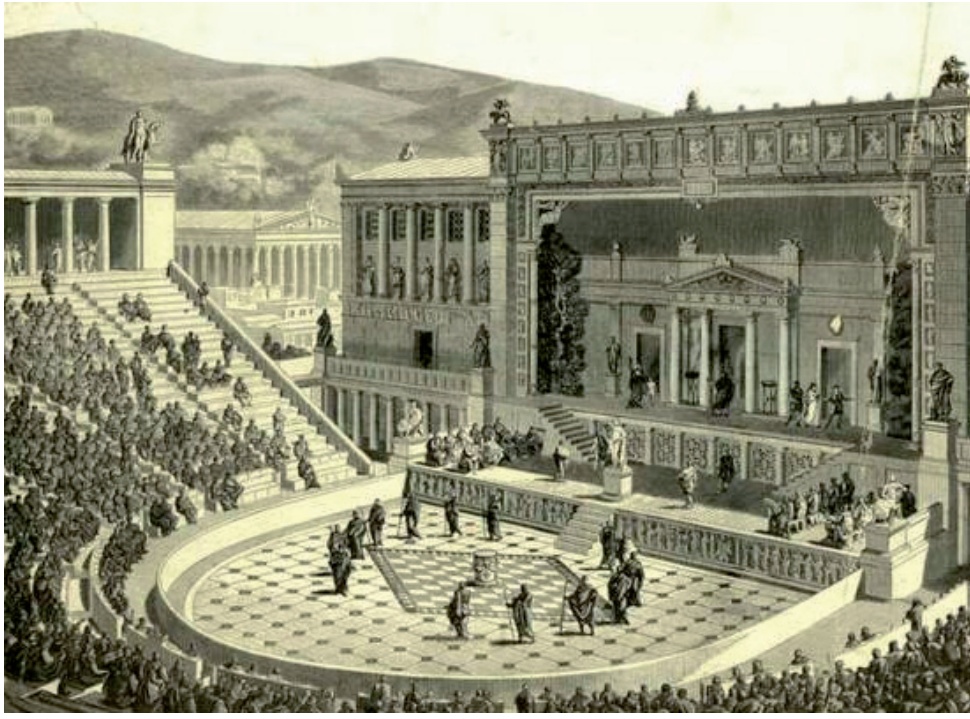
Importante se faz, portanto, proceder a uma análise das restrições ao direito de ser votado, primeiro na legislação brasileira – com o estudo das origens nada democráticas e preocupantemente moralistas da "Lei da Ficha Limpa" – e, depois, traçando-se um comparativo em âmbito internacional, diante dos pressupostos democráticos previamente conceituados.

Temas conexos, como a presunção de não culpabilidade, entre outros direitos fundamentais, serão abordados, na medida em que influenciam a capacidade eleitoral passiva – ou o direito subjetivo de candidatura, ou o direito de ser votado –, foco principal da pesquisa.

Da conclusão deste trabalho, espera-se extrair propostas para dirimir a crise de representatividade e o enfraquecimento dos poderes eleitos, problemas não exclusivos do Brasil, mas de diversos Estados ocidentais, que não se pode resolver sem a participação popular e o respeito amplo ao poder soberano, e livre, do povo.

2. Soberania da vontade popular e liberdade política

A democracia como forma de governo é uma instituição que vem evoluindo desde a Antiguidade clássica, período em que predominava o modelo de participação direta dos cidadãos nas tomadas de decisão estatais, tendo como maior expoente histórico a democracia ateniense da época de Péricles (495-429 a.C.), que se espraiava em grande parte das pequenas cidades-estado (*pólis*) do mundo antigo grego.



Na Atenas de Péricles, as decisões mais importantes da *pólis* eram tomadas em comícios ao ar livre, em praça pública, numa espécie de Assembleia do Povo (*eclesia*), em que os cidadãos se uniam frequentemente para aprovação e proposição de leis e deliberação sobre outros assuntos de interesse comum.

Embora ordinariamente apenas os indivíduos livres do sexo masculino e maiores de 18 (dezoito) anos fossem considerados "cidadãos" e, portanto, aptos à participação política, a simples possibilidade em si de qualquer cidadão apresentar projetos de lei ou propostas públicas que seriam deliberadas e submetidas ao corpo social da *pólis* já configurava um modelo de participação direta que quase se confundia com o próprio ideal de democracia.

Nesse sentido, o historiador ateniense Tucídides (460-400 a.C.), em sua conhecida obra "História da Guerra do Peloponeso", revela de forma inspiradora o cotidiano da democracia direta ateniense e a importância que se dava ao debate coletivo das questões de interesse comum naquela cidade-estado:

> Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar outros. Seu nome, *como tudo depende não de poucos mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas, quando se trata de escolher (se é preciso distinguir em qualquer setor), não é o fato de pertencer a uma classe, mas o mérito, que dá acesso aos postos mais honrosos; inversamente, a pobreza não é razão para que alguém, sendo capaz de prestar serviços à cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição.* [...] Ver-se-á em uma mesma pessoa ao mesmo tempo o interesse em atividades privadas e públicas, e em outros entre nós que dão atenção principalmente aos negócios não se verá falta de discernimento em assuntos políticos, *pois olhamos o homem alheio às atividades públicas não como alguém que cuida apenas de seus próprios interesses, mas como um inútil*; nós, cidadãos atenienses, *decidimos as questões públicas por nós mesmos, ou pelo menos nos esforçamos por compreendê-las claramente, na crença de que não é o debate que é empecilho à ação, e sim o fato de não se estar esclarecido pelo debate antes de chegar a hora da ação.*[4] (*destaques meus*)

Além da Assembleia do Povo, existiam outras instituições e funções públicas que conduziam o governo da cidade-estado ateniense, cujos cargos eram preenchidos majoritariamente por meio de sorteio entre os interessados e por prazo determinado (no máximo de um ano), de modo a se estimular a participação e o rodízio de todos nas instituições políticas e na liderança da *pólis*.[5]

A perspectiva de rotatividade no poder, ou seja, de que todos os cidadãos poderiam ocupar tanto a posição de governantes como de governados, amparados pela igualdade de chances garantida pelo sorteio e pela temporariedade de permanência nos cargos sorteados, era o que diferenciava a democracia dos antigos da democracia dos modernos.

Os gregos preferiam o sorteio, pois consideravam as eleições, baseadas no pressuposto de existência de um cidadão melhor do que outro, incompatíveis com o ideal de igualdade democrática.

De fato, o componente eleitoral, principal característica da democracia representativa adotada pelo Estado moderno, ainda

4 TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. Trad. Mario Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade Brasília/ Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001, p. 155 e 156.

5 SOARES, Alessandro. *A democracia direta no constitucionalismo latino-americano e europeu*: análise comparada de Venezuela, Equador, Brasil e Espanha. São Paulo: Liberars, 2017, p. 44.

mais com o instituto da reeleição, não apenas dificulta a alternância de poder, como também facilita a elitização e a seletividade dos atores políticos.[6]

À parte as diferenças procedimentais de concretização do modelo democrático – sorteio em oposição às eleições –, os princípios democráticos construídos na Antiguidade clássica são os responsáveis, até hoje, pela organização das sociedades ocidentais capitalistas e pela manutenção de uma convivência relativamente – embora não idealmente – pacífica no globo terrestre.

O que os democratas antigos e modernos vislumbraram desde sempre foi a necessidade de preservação da liberdade individual contra o abuso de poder, seja do Estado, seja de um único indivíduo, seja de um grupo determinado, para evitar que o componente força – física, social ou econômica – se impusesse à condição humana.

Afinal, na anarquia do estado de natureza, se cada qual procurasse exercer sua liberdade natural ou individual ilimitadamente, acabaria por invadir a liberdade dos demais, o que enveredaria inevitavelmente a um constante estado de guerra: um indivíduo que busca apenas sua satisfação pessoal, em uma sociedade anárquica, conseguirá apenas o efeito contrário, na medida em que todos os demais indivíduos estarão a fazer o mesmo com relação a si próprios.

Eis porque, pensando-se na proteção das próprias liberdades individuais, e, acima de tudo, na construção de um modelo de convivência pacífica da humanidade, é que se passou a estudar formas de abdicação consensual, recíproca e limitada na busca dessas liberdades.

O "pai da democracia moderna", Rousseau, coloca justamente essa questão – de como "encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, ao unir-se a todos, obedeça somente a si mesmo e continue tão livre quanto antes"[7] – como o principal desafio da construção de uma sociedade democrática.

Se, por um lado, em prol de alguma segurança jurídica é admissível uma limitação consensual da liberdade individual ou natural, para evitar abusos recíprocos; por outro lado, é preciso tomar cuidado para que essa limitação da liberdade individual não seja aproveitada por governos despóticos ou totalitários.

Nesse sentido, os primados da liberdade e da igualdade em uma sociedade coletiva foram as principais contribuições da Antiguidade clássica para a construção do modelo democrático, ainda que representativo, do Estado moderno: a liberdade, aqui vista como participação ativa do cidadão na criação da vontade coletiva, de onde consequentemente se extrai a noção da igualdade, na medida em que todos os cidadãos podem participar dessa formação coletiva de vontade e a ela devem se submeter igualmente.

Transforma-se, dessa forma, a visão do ideal de liberdade, que deixa de ser aquela liberdade natural individualizada para assumir uma perspectiva de liberdade civil, liberdade pública, liberdade política. E transforma-se também a concepção do ser individual dentro de uma coletividade, que passa a ser visto como um cidadão dentro da sociedade, a conformar, ao lado dos demais, o sentido de povo: união de cidadãos que decidem seu destino e suas autolimitações em posição de igualdade com todos os demais.

Com isso, o sentido de liberdade ganha uma acepção política, realizando-se com a participação do povo na formação da vontade geral e na decisão sobre seu próprio destino como coletividade, e "da liberdade da anar-

6 A eleição como princípio elitista rechaçado pelos democratas gregos na Antiguidade, que preferiam o sorteio e a participação direta dos cidadãos na eclésia, caiu como uma luva para os modernos. De fato, o que parecerá irracional para os modernos será o sorteio". (*Ibidem*, p. 49).

7 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 33.

quia forma-se a liberdade da democracia", como bem explica Kelsen:

> Se deve haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas, *se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos. A liberdade natural transforma-se em liberdade social ou política. É politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia*. Com isso apresenta-se a antítese de princípio das formas políticas e sociais.[8] (*destaques meus*)

Foi também sob essa perspectiva que Rousseau inspirou-se no modelo clássico da democracia direta grega para desenvolver sua teoria sobre soberania popular, em contraposição às monarquias autocráticas que dominavam o cenário europeu do século XVIII, e posicionou o povo como titular exclusivo do poder político soberano na formação de uma vontade geral apta a decidir os rumos da coletividade:

> [...] *somente a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo a finalidade de sua instituição, que é o bem comum: se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, é a concordância desses mesmos interesses que o tornou possível.* [...] Afirmo, portanto, que *a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se* e que o soberano, que não é senão um ser coletivo, só pode ser representado por ele mesmo; o poder pode perfeitamente ser transmitido, mas não a vontade.[9] (*destaques meus*)

A preservação da liberdade dos indivíduos em relação uns aos outros e também com relação ao domínio do Estado é garantida, destarte, pela participação ativa do cidadão no poder do Estado.

Apesar de, nas sociedades ocidentais contemporâneas, o modelo de democracia indireta ter se imposto à democracia direta vivida em Atenas e considerada como ideal por Rousseau,[10] a expressão da soberania da vontade popular perdura até hoje como a principal característica de qualquer sociedade democrática, na consecução dos primados da liberdade e da igualdade.

E não poderia ser diferente, já que os auges instauradores e revolucionários da democracia ocidental moderna, desde as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, até sua retomada no pós-guerras do século XX, coincidiram com uma reação popular a governos absolutistas ou autocráticos que negavam a participação do povo nas tomadas de decisão, ainda que através do modelo de representação, muitas vezes reservando apenas às elites minoritárias o direito à participação política.

Entendido por democracia um regime no qual todos os cidadãos adultos têm direitos políticos, ou seja, em que o sufrágio é universal, há que se considerar que os parlamentos surgiram historicamente em momento anterior à extensão do sufrágio e, portanto, houve por muito tempo Estados parlamentares que não eram democráticos, como bem lembra Bobbio,[11] assim como havia sistemas representativos que não poderiam ser reputados como democracias, inclusive no Brasil do século XX.

De um modo geral, nos Estados modernos do Ocidente, além da limitação do voto,

8 KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 28.

9 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 42.

10 Para Rousseau, assim, apenas o povo que seria submetido às leis é que poderia ser seu autor, de modo que a soberania popular não poderia ser representada, pois "a vontade geral não se representa". Todavia, entendendo a dificuldade de se reproduzir as assembleias das pequenas cidades-estado gregas nas complexas e extensas sociedades europeias ocidentais de sua época, acabava por admitir o papel dos deputados no Parlamento, desde que de uma forma puramente comissária. (*Ibidem*)

11 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 75.

havia também a limitação às candidaturas, geralmente reservadas aos nobres e, posteriormente, aos membros de uma burguesia endinheirada, o que era completamente incompatível com os fundamentos de liberdade e igualdade que sustentam o ideal da democracia.

Como bem lembrou Mill, "numa nação civilizada e adulta não deveriam existir nem párias nem homens incapacitados, exceto por culpa própria",[12] sendo inconcebível a manutenção de um Estado democrático sem que todos participem dos benefícios da liberdade política.

Nas sociedades complexas do século XXI, essa participação política deve ser expandida para o pluralismo no nível econômico, político e ideológico, com todas as suas diversas e antagônicas pretensões, ou, nas palavras de Bobbio:

> Onde a democracia direta é possível, o Estado pode muito bem ser governado por um único centro de poder, por exemplo, a assembleia dos cidadãos. Onde a democracia direta, em razão da vastidão do território, do número de habitantes e da multiplicidade dos problemas que devem ser resolvidos, não é possível e deve-se então recorrer à democracia representativa, a garantia contra o abuso de poder não pode nascer apenas do controle a partir de baixo, que é indireto, mas deve também contar com o controle recíproco entre os grupos que representam interesses diversos, os quais se exprimem por sua vez através de diversos movimentos políticos que lutam entre si pela conquista temporária e pacífica do poder.[13]

Nesse sentido, se não é possível que o cidadão participe diretamente da deliberação ou da proposição de leis em praça pública, tal qual ocorria na Atenas democrática, é lícito que seja livre para escolher o representante que lhe convier e que mais se identifique com a sua vontade política.

Desde que o cidadão/eleitor esteja informado, por meios idôneos, sobre as propostas e sobre o currículo daquele que se candidata para representá-lo na formação da vontade geral ou na administração da coisa pública, com todos os seus méritos e deméritos, a decisão sobre sua adequação ou não ao cargo deve ser exclusiva do cidadão/eleitor.

Em outras palavras, a liberdade consciente de escolha se satisfaz com a transparência das candidaturas e com a ampla ciência aos eleitores dos currículos e históricos dos candidatos. Da mesma forma, é o cidadão-eleitor que detém a soberania para rejeitar eventuais candidatos que não sejam adequados à função política, pelo simples exercício de seu direito de voto.

Trata-se de prerrogativas mínimas de manutenção da liberdade política em qualquer Estado que se pretenda democrático, prerrogativas essas que, se forem retiradas da manifestação direta de cada um dos concidadãos, poderão ser manipuladas perigosamente pelos detentores do poder estatal, em desfavor da democracia e da própria soberania popular.

A democracia representativa, portanto, somente pode ser eficiente se respeitar o pluralismo e a diversidade na sociedade, elementos que devem se refletir tanto no direito de votar como no direito de ser votado, não se admitindo restrições ou intermediários na plena fruição da liberdade de escolha daqueles cidadãos que serão eleitos como representantes dos demais.

Já que a democracia exclusivamente direta da Antiguidade grega e a participação ativa do povo nas tomadas de decisões estatais foram substituídas pela democracia representativa, no mundo ocidental contemporâneo,

12 MILL, John Stuart. Considerations on representative government. *In: Collected Papers of John Stuart Mill*. Londres: University of Toronto Press, Routledge and Kegan Paul, 1977, v. XIX. [trad. Bras. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 470].

13 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 99.

há que se preservar ao menos a irrestrita e ampla liberdade de escolha, aquela liberdade que Rousseau dizia ser a única que restava ao povo inglês, em 1762, quando originalmente escreveu sua obra "O contrato social": "O povo inglês pensa ser livre; está muito enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; tão logo estes são eleitos, ele é escravo, é nada".[14]

No Brasil de 2018, nem durante as eleições, o povo pode ser considerado livre. É o que será tratado no capítulo a seguir.

3. Aspectos antidemocráticos da lei de inelegibilidades no Brasil

A Constituição Federal brasileira vigente, promulgada em 1988, foi o documento que reinstaurou o regime democrático no Brasil após mais de duas décadas de ditadura militar, período em que a participação política e o exercício de liberdades civis eram restritos e em grande parte suprimidos.

Em 1969, apesar de não existirem eleições livres ou democracia naquele momento do país, no artigo 151 da Constituição outorgada por um triunvirato militar, previa-se a criação de lei complementar para esmiuçar casos de inelegibilidade, ou seja, hipóteses de inviabilização do direito de candidatura, com base em critérios valorativos como a probidade administrativa, a moralidade e a vida pregressa do candidato, *in verbis*:

> Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar:
> I - o regime democrático;
> II - *a probidade administrativa*;
> III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e.
> IV - *a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato.*[15] *(destaques meus)*

Sob o contexto histórico-político da época, a limitação da participação política baseada em abstrações como moralidade e vida pregressa era compatível com a mesma Constituição que estabeleceu eleições indiretas para os Governos de Estado, aboliu as imunidades parlamentares, aumentou a centralização do poder militar e incorporou as terríveis medidas autoritárias dos Atos Institucionais, que foram responsáveis pelo extermínio e tortura de centenas de cidadãos contrários ao regime ditatorial.

A Lei Complementar nº 05, de 1970, que veio a regulamentar o artigo 151 da Constituição militar de 1969, não poderia seguir caminho diverso: trouxe em seu bojo uma extensa lista de causas de inelegibilidade, ou seja, de hipóteses em que seria negado ao cidadão brasileiro o exercício de sua capacidade eleitoral passiva e, portanto, o pleno gozo de sua liberdade política.

Natural que, em um regime autoritário, que se pretendia dizer democrático e temporário, a legislação que tratasse da negativa de liberdades políticas aos cidadãos comuns tivesse como base aspectos subjetivos e abertos à influência e manutenção do poder ditatorial dominante.

A título exemplificativo, dentre as inúmeras hipóteses de inelegibilidade instituídas pela lei produzida no governo militar, saltam aos olhos aquelas justificadas por (i) atos de "subversão", (ii) atos de improbidade, inclusive na administração particular, (iii) ou ainda no recebimento de denúncia do Ministério Público! É o que se verifica nos excertos abaixo transcritos:

14 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 107.

15 Emenda Constitucional nº 1/1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.



> Art. 1º. São inelegíveis:
> I - Para qualquer cargo eletivo:
> [...]
> h) os que, *por ato de subversão ou de improbidade na administração pública,* direta ou indireta, *ou na particular*, tenham sido condenados à destituição de cargo, função ou emprego, em virtude de sentença judicial transitada em julgado *ou mediante processo administrativo em que se lhes haja assegurado ampla defesa;*
> [...]
> n) *os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente,* por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo delito previsto no artigo 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados;[16] *(destaques meus)*

Em um regime não democrático, muitas vezes a cassação da capacidade eleitoral passiva é mais importante do que a restrição ao sufrágio. Afinal, a liberdade política não pode se realizar se não houver liberdade de escolha em sua acepção ampla: do que vale ao cidadão o direito de voto, se as opções que lhe são dadas não lhe representam?

Aí reside a dupla face do princípio da universalidade do sufrágio, tão bem sintetizado por Guedes:

> Assim, o lado mais visível do princípio da universalidade impõe a conclusão de que, ao limitar o direito dos cidadãos votarem, direta ou indiretamente, obstaculiza-se também o direito daquele que pretende lançar-se como candidato. Entretanto, e esse é o lado menos notado do princípio da universalidade, *todas as vezes que se impede alguém de se candidatar, estamos, sem dúvida, cerceando o cidadão no exercício legítimo de seu voto*. A equação é de fácil entendimento: (i) se, de um lado, num universo mais restrito de eleitores, muito provavelmente, diverso será o resultado daqueles que serão eleitos; (ii) de outro, ao restringir o universo dos candidatos, com toda certeza, também se reduzem as possibilidades abertas aos eleitores.
> *Da mesma forma que, no passado, uma legislação muito restrita quanto ao círculo de eleitores (excluindo mulheres, pobres, ou analfabetos) comprometia o resultado quanto ao universo de candidatos com reais possibilidades de êxito eleitoral, atualmente, ao reduzir, significativamente, o universo de candidatos, o sistema eleitoral brasileiro compromete o âmbito de proteção dos direitos do próprio eleitor.* Em síntese, quem cria inelegibilidades, além de limitar candidaturas, goste ou não, atinge também o voto do eleitor.[17] *(destaques meus)*

É impossível que os pluralismos da sociedade e suas diversas idiossincrasias sejam

16 Lei Complementar nº 5/1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp05.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

17 GUEDES, Néviton. O poder de limitar a cidadania também encontra limites. *Revista Consultor Jurídico*, 16 abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>. Acesso em: 01 jul. 2017.

representados democraticamente na formação da vontade popular para tomada de decisões em determinado Estado, se não for dada ao povo a opção de escolha livre de seus representantes dentre um rol igualmente plural e diverso de candidatos.

Foi provavelmente tendo isso em vista que, com a redemocratização do país, o Poder Constituinte originário, traumatizado com os subterfúgios moralistas e valorativos utilizados pelos militares para justificar as recorrentes violações às liberdades políticas e aos direitos fundamentais do povo brasileiro, optou por dar redação diferente ao dispositivo constitucional (art. 14, § 9º) que trataria das hipóteses de inelegibilidades.

É o que se verifica do texto original (sem emendas) da Constituição Federal de 1988, a "Constituição Cidadã":

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
> [...]
> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, *a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições* contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.[18] *(destaques meus)*

Excluídos os termos abstratos e valorativos, como "moralidade" e "vida pregressa", que constavam na Constituição anterior, vigente sob o regime ditatorial militar, a Constituição de 1988 ainda assim permitiu a promulgação de uma lei de inelegibilidades consideravelmente extensa, a Lei Complementar nº 64, de 1990.

Essa nova legislação, porém, ao mesmo tempo em que restringia a participação política de determinados cidadãos, ao estabelecer critérios para o exercício da capacidade eleitoral passiva, não lhes violava outros direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, como os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, tal qual acontecia com a lei vigente no período ditatorial.

Se a legislação do governo militar considerava inelegíveis aqueles que simplesmente respondessem a processo judicial ou que tivessem sido condenados em processo meramente administrativo, a legislação que surgiu no período pós-redemocratização, pelo menos, respeitava a garantia fundamental de presunção de não culpabilidade: qualquer tipo de restrição a direitos políticos somente seria admissível após o trânsito em julgado de sentença condenatória.

A título comparativo, o artigo 1º, inciso I, alínea "e", da Lei Complementar nº 64/1990, abaixo transcrito, corresponderia ao artigo 1º, inciso I, alínea "n" da Lei Complementar nº 5/1970, transcrito alguns parágrafos acima:

> Art. 1º. São inelegíveis:
> I - para qualquer cargo:
> [...]
> e) os que forem condenados criminalmente, *com sentença transitada em julgado*, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena; [19] (*destaques meus)*

Apesar de, no substrato, subsistir a limitação da liberdade política do povo brasileiro, na medida em que não se permitiu a livre escolha da representação política pelo sufrágio universal, pois, antes, foram im-

18 Constituição Federal Brasileira de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

19 Lei Complemenar nº 64/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

postas restrições prévias, ainda assim houve um cuidado maior para que essas restrições não atingissem outros direitos fundamentais – como a presunção de não culpabilidade, o devido processo legal e a ampla defesa dos candidatos que eventualmente pudessem sofrer a incidência de inelegibilidades legais.

Todavia, esse período de celebração às instituições democráticas e de uma nova conformação política para o país não perdurou por muito tempo no espírito do povo brasileiro.

Em 1992, sob graves denúncias de corrupção contra Fernando Collor de Mello (das quais foi absolvido anos depois pelo Supremo Tribunal Federal) e uma forte comoção social impulsionada pela mídia de massa, aliados a uma crise financeira e medidas econômicas catastróficas para o país, o primeiro presidente eleito pelo voto popular após duas décadas de ditadura militar, sofreu um processo de *impeachment* e foi impedido de ocupar funções públicas por um período de oito anos.

O *impeachment* de Collor em seu terceiro ano de mandato causou abalos irreparáveis na construção da cultura política democrática do cidadão brasileiro, expondo suas fragilidades e abrindo espaço para o retorno das velhas práticas autoritárias do regime anterior.

Não se pode deixar de deduzir dessa descontinuidade do nosso processo de evolução democrática o grande retrocesso em termos de liberdades políticas que foi a alteração do § 9º do artigo 14 da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994,[20] *in verbis:*

> Art. 14.[...]
> § 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de *proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada vida pregressa do candidato,* e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.[21]

Os valores subjetivos da "probidade", "moralidade" e "vida pregressa" foram buscados no texto da Constituição de 1969, outorgada por um triunvirato militar, e trazidos para a Constituição democrática de 1988, pelas mãos do legislador constituinte reformador.

A estrondosa comoção gerada na opinião pública em torno do mote de combate à corrupção, durante o processo de *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello, deu vazão ao retorno desses discursos moralistas, introduzidos inclusive no texto constitucional, os quais historicamente mais servem como instrumento para a supressão de direitos fundamentais e fortalecimento das correlações de forças político-econômicas dominantes do que para o propósito ao qual dizem se prestar.

A ditadura militar de 1964 recebeu apoio civil sob o discurso moralista anticorrupção e anticomunismo, assim como os regimes nazistas e fascistas europeus invocavam valores como "moral", "família", "inimigo" e "combate à corrupção" para angariar apoio na supressão de direitos fundamentais e na prática autorizada da real corrupção institucional, que é a violação do princípio democrático e a usurpação da vontade popular.

Da mesma forma, após um escândalo midiático envolvendo denúncias de compra de votos parlamentares, conhecido no Brasil como "Mensalão", é que se viabilizou a promulgação da Lei Complementar nº 135, em 2010, para restringir ainda mais as liberdades políticas e violar direitos fundamentais, sob um enganoso

20 Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/ECR/ecr4.htm>. acesso em: 30 jun. 2018.

21 Constituição Federal Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

discurso moralizante de limpeza ética da política e, novamente, de combate à corrupção.

Conhecida como "Lei da Ficha Limpa" e com amplo apoio popular, essa lei alterou a Lei Complementar nº 64/1990, para buscar na legislação vigente no regime ditatorial aquelas mesmas limitações arbitrárias às liberdades políticas e à capacidade eleitoral passiva que se pensava então superadas pela conquista democrática.

Além de se alargar de nove para dezessete as hipóteses infraconstitucionais de inelegibilidades e de restrições à capacidade eleitoral passiva, que antes já eram bastante extensas para qualquer país que se quisesse dizer livre politicamente, passou-se a admitir a retirada do jogo eleitoral de candidatos condenados por órgãos colegiados, mesmo com recursos pendentes. E mais: os prazos de duração da suspensão dos direitos políticos foram quase todos ampliados para o longo período de 08 (oito) anos.

Não se defende aqui que o representante do interesse público ou que o gestor da coisa pública não deva preencher requisitos mínimos de probidade e ética em sua conduta. Porém, se não se confia completamente no escrutínio popular para se proceder a tal análise e filtro, é necessário que, pelo menos, as barreiras prévias estipuladas por lei sejam necessárias, razoáveis e proporcionais à limitação da participação política que se pretende impingir não apenas ao candidato, mas também aos seus pretensos eleitores.

A restrição ao sufrágio, inclusive no que se refere à capacidade eleitoral passiva, somente pode ser admitida se necessária para atender outros preceitos constitucionais fundamentais, ou seja, no "limite dos limites", como diz Guedes:

> Em resumo, qualquer restrição ao sufrágio, seja no que diga respeito à capacidade política ativa, seja no que respeite à capacidade política passiva, deve submeter-se ao que a teoria constitucional, contemporaneamente, designa como "limites dos limites", entre os quais sobressaem o princípio da proporcionalidade e a garantia do conteúdo essencial do direito fundamental.[22]

Embora a "Lei da Ficha Limpa" tenha sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4.578/DF),[23] numa votação de sete a quatro, o principal debate que se abriu no plenário quando do seu julgamento, em 2012, foi se haveria ou não ofensa ao princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, nas hipóteses de inelegibilidades por meras decisões de "órgãos colegiados".

Ora, para se negar o direito político subjetivo de um determinado cidadão se candidatar a um mandato público, o que reflexamente restringe também o exercício do direito de sufrágio de toda a coletividade, é preciso que pelo menos exista a certeza jurídica da causa de inelegibilidade que ensejaria a retirada desse cidadão das opções de escolha pelo voto popular.

No entanto, um dos argumentos utilizados pelos defensores da constitucionalidade da supramencionada lei, no que se refere à ofensa à presunção de não culpabilidade, seria de que a fórmula inscrita no artigo 26-C da Lei Complementar nº 64/1990, incluído pela Lei Complementar nº 135/2010, poderia sanar eventuais abusos, vez que a decisão última pela inelegibilidade ficaria por conta de uma reapreciação da matéria pela Justiça Eleitoral:

> Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se

22 GUEDES, Néviton. O poder de limitar a cidadania também encontra limites. *Revista Consultor Jurídico*, 16 abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>. Acesso em: 01 jul. 2017.

23 STF decide pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. *Portal do Supremo Tribunal Federal*. 17 fev. 2012. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=200628>. Acesso em: 30 jun. 2018.

> referem as alíneas *d, e, h, j, l* e *n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.
> § 1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de *habeas corpus*.
> § 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no *caput*, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente.
> § 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo.[24]

O Ministro Dias Toffoli, voto vencido no julgamento da ADI 4.578/DF, posto que considerava a Lei Complementar nº 135/2010 inconstitucional, resumiu de forma bastante elucidativa a incongruência em se inverter o postulado da presunção de inocência, retirando-se um cidadão do escrutínio da vontade popular, com base em decisões proferidas por órgãos colegiados, ao mesmo tempo em que se delega a um juízo (subjetivo) do Poder Judiciário a suspensão dos efeitos da lei de inelegibilidades:

> Quatro são as incongruências que emanam do dispositivo.
> A primeira é a *criação de regra de inversão do postulado da presunção de inocência*. Ao invés de se patentear a presumida não culpabilidade do candidato, a fim garantir-lhe a participação na eleição, até porvindouro trânsito em julgado de condenação que desabone sua moralidade e afete seu pregresso histórico de vida, a norma tece prescrição contrária, presumindo a culpabilidade e negando o acesso do cidadão ao pleito eleitoral, a não ser que obtenha provimento cautelar permissivo. Tal situação é um descalabro jurídico, com a devida vênia, já que, como antes ressaltado, a incidência da garantia tem fim no trânsito em julgado e na consequente definitividade da situação jurídica ensejadora da inelegibilidade.
> O dispositivo também é marcado pela *fragilização do princípio da presunção de inocência, diante da ausência de um critério objetivo que paute a concessão ou a negação de acesso do candidato ao pleito eleitoral*. Não se nega a imensa validade garantista do juízo cautelar e da sensibilidade judicial aos casos da vida, quanto à aferição do risco da demora da prestação jurisdicional. Ocorre que a irrepetibilidade do momento histórico, como no caso das eleições, e a difícil ou incerta reparabilidade do dano, no caso em questão, devem levar a um juízo, em regra, permissivo, sob pena de frustrar absolutamente, ou fadar à ineficácia, o provimento jurisdicional de absolvição do acusado.
> Mas, no meu entender, a questão que mais me causa perplexidade no dispositivo ora em análise é que ele demonstra o quanto é injusto e inconstitucional a incidência de causa de inelegibilidade antes do trânsito em julgado da decisão judicial, uma vez *que ressalta a fragilidade das decisões ainda precárias*. Ora, se é necessária a concessão de espaço para o afastamento cautelar da inelegibilidade se plausível a pretensão recursal, é porque se admite a possibilidade de equívocos nas decisões proferidas pelos órgãos colegiados, o que inegavelmente acarreta prejuízo irreparáveis ao candidato.
> Por fim, salta-me aos olhos o fato de que *essa previsão confere aos juízes o poder de determinar, por critérios por demais subjetivos – próprio do juízo de delibação –, quem continua ou sai da disputa eleitoral*. Relega-se, por completo, a premência constitucional de que as hipóteses de inelegibilidades recaiam sobre situações objetivas, de forma a evitar critérios

24 Lei Complementar nº 135/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

> subjetivos e não isonômicos que possam burlar, inclusive, a lisura do pleito eleitoral. Há aqui quebra da previsibilidade das condições subjetivo-políticas dos candidatos, deixando-se espaço para casuísmo, surpresa, imprevisibilidade e violação da simetria constitucional dos postulantes a cargos eletivos.[25] *(destaques meus)*

Ora, parece que essa inversão do postulado da presunção de inocência apenas elitiza e restringe a participação popular. Dois candidatos na mesma situação, com decisões proferidas por órgãos colegiados, podem obter decisões judiciais diferentes para afastar a incidência das hipóteses de inelegibilidade, ou, pior, aquele candidato mais abastado, com recursos para pagar honorários advocatícios, terá mais chances de viabilizar sua candidatura do que um candidato oriundo da classe popular.

A depender de decisões concretas da justiça eleitoral, é possível alterar-se todo o jogo eleitoral, a correlação das forças políticas envolvidas em determinado pleito e o próprio resultado das eleições, com base em uma restrição legal que sequer se remete a situações definitivas, mas, pelo contrário, trata de estados de coisas provisórios que, caso venham a ser alterados, já terão violado irreparavelmente dois direitos fundamentais: o direito subjetivo de um determinado cidadão candidatar-se e o direito dos eleitores incluírem aquele determinado cidadão dentro de suas opções de escolha.

Mais do que um desrespeito à presunção de não culpabilidade, todo o conjunto de restrições legais a direitos políticos no Brasil redunda em gravíssimas violações à segurança jurídica da soberania popular e à própria subsistência da ordem democrática.

25 STF, Plenário, ADI 4.578/DF, Relator Ministro Luiz Fux, j. 16/02/2012, DJe 28/06/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 28 jun. 2018.

4. Capacidade eleitoral passiva no Direito brasileiro e nas Cortes Internacionais

A Constituição Federal de 1988[26] estabelece alguns requisitos para que um cidadão

26 "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador. § 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. § 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. § 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. § 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade. § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. § 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. § 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé". (Constituição Federal Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018)

exerça sua capacidade subjetiva de candidatura, dentre os quais se destacam: a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição do pleito e a filiação partidária.

Além disso, fixa as idades mínimas de (i) trinta e cinco anos para se candidatar a Presidente e Vice-Presidente da República e Senador, (ii) trinta anos para se candidatar a Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, (iii) vinte e um anos para se candidatar a Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz, e (iv) dezoito anos para se candidatar a Vereador.



Também são impedidos de se candidatar os conscritos — a prestar o serviço militar obrigatório —, o cônjuge e parentes de até segundo grau — consanguíneos, afins ou por adoção — dos chefes do Poder Executivo no âmbito de sua competência administrativa, e os analfabetos.

O argumento que se utiliza comumente para não se permitir a fruição plena de liberdade política ou cívica aos analfabetos é o de que estes, pela ausência de educação formal, poderiam se sujeitar a manipulações de terceiros e seriam facilmente enganados. Tal falácia não se sustenta quando se inverte a fórmula aplicada no texto constitucional: se são capazes de escolher conscientemente aqueles que os representarão, por que não seriam igualmente capazes de participar diretamente das decisões políticas e exercer um papel ativo na representação de seus pares?

São quase 12 (doze) milhões de analfabetos[27] que compõem a nossa complexa e plural sociedade, uma parcela considerável da população brasileira, que não pode gozar plenamente de sua liberdade política e nem se fazer representar nas esferas de governo, sob as mesmas justificativas paternalistas que foram responsáveis pelas principais fissuras da democracia representativa desde a sua afirmação nas revoluções burguesas europeias de séculos passados, como se extrai das lições de Soares:

> Com efeito, faz parte do processo histórico de formação da democracia representativa as instituições jurídicas que estabelecem condições para que o cidadão seja eleitor ou mesmo passível de ser eleito. Constituem bloqueios formais que impedem ou limitam a participação política. Na tradição liberal que se inicia no século XVIII e atravessa os séculos XIX e XX, foi muito comum negar ou restringir os direitos políticos a mulheres, trabalhadores, pobres e negros, justificando, muitas vezes, tal situação na incapacidade intelectual determinada pela condição social dos indivíduos.[28]

27 BÔAS, Bruno Villas. IBGE: Brasil tem 11,8 milhões de analfabetos; metade está no Nordeste. *Valor Econômico*, 21 dez. 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5234641/ibge-brasil-tem-118-milhoes-de-analfabetos-metade-esta-no-nordeste>. Acesso em: 30 jun. 2018.

28 SOARES, Alessandro. *A democracia direta no constitucionalismo latino-americano e europeu*: análise compa-

Ora, a universalização do sufrágio para as classes populares, incluindo-se aí os analfabetos, deve ser almejada como uma valoração do espectro democrático de um determinado Estado, na medida em que estimula a participação política e a redução das desigualdades na formação da vontade popular.

É preciso entender que tecnocracia e democracia são antitéticas:[29] uma sociedade que permita apenas a eleição de especialistas, ou de cidadãos com educação formal qualificada, nunca representará as massas. Massas que somente serão educadas para a democracia se lhes for permitido o exercício da prática democrática.[30]

Interessante, porém, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assinada em 1969, há quase 50 (cinquenta) anos, portanto, ainda permitia a limitação dos direitos políticos em razão da "instrução", como se observa no artigo 23 abaixo transcrito:

> Artigo 23. Direitos políticos
> 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
> a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
> b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
> c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.
> 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, *exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.*[31] *(destaques meus)*

Todavia, é de se notar que, já naquela época, o único processo judicial que poderia gerar restrições ao pleno exercício de direitos políticos seria aquele de natureza criminal!

Mas o Brasil, signatário da Convenção, em total desacordo com o que nela foi estatuído, estabeleceu impedimentos de natureza cível, eleitoral e administrativa à elegibilidade, como se extrai da Lei Complementar nº 64/1990, com as alterações da Lei Complementar nº 135/2010 – a famigerada "Lei da Ficha Limpa", estudada no capítulo anterior.

Apesar de proibir expressamente a cassação de direitos políticos, a Constituição Federal brasileira excepcionalmente admite sua perda ou suspensão, nas hipóteses de:

> Art. 15. [...]
> I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
> II - incapacidade civil absoluta;
> III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
> IV- recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do artigo 5º, VIII;[32]
> V - improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º.[33]

rada de Venezuela, Equador, Brasil e Espanha. São Paulo: Liberars, 2017, p. 56.

29 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 59.

30 MILL, John Stuart. Considerations on representative government. *In: Collected Papers of John Stuart Mill*. Londres: University of Toronto Press, Routledge and Kegan Paul, 1977, v. XIX. [trad. Bras. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982].

31 Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

32 "Art. 5º. [...] 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;". (Constituição Federal Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jun. 2018)

33 "Art. 37. [...] § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei,

De certa forma, com exceção da previsão de restrição de direitos por improbidade administrativa, as demais hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos previstas textualmente em nossa Constituição estariam de acordo com o permissivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, principalmente quando se verifica a exigência de trânsito em julgado da condenação criminal.

Aliás, nossa Constituição poderia ter sido restrita e expressa com relação às hipóteses de inelegibilidades, devido aos efeitos que podem causar no cenário eleitoral e às restrições que impingem à universalidade do sufrágio e à livre manifestação da vontade popular.

Entretanto, a possibilidade que se abriu para lei complementar estabelecer outras restrições ao exercício de direitos políticos é que colocou o Brasil numa situação frontalmente violadora não apenas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também de outros tratados de direitos humanos internacionais[34] dos quais o país é signatário e na contramão das decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

Até mesmo com relação às condenações em processo penal, em uma intepretação sistemática da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, há precedentes na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que autorizam dizer o quanto é preciso atentar ao princípio da presunção de inocência antes de se admitir qualquer restrição a direitos políticos.

No recente julgamento do caso de Gustavo Francisco Petro Urrego,[35] ex-prefeito de Bogotá, que teve seus direitos políticos suspensos por uma resolução de natureza "disciplinar" emitida pela Procuradora-Geral da Nação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) decidiu, em outubro de 2017, por afastar as inelegibilidades criadas por autoridades administrativas, e recomendou, ainda, ao Estado colombiano, que respeitasse o trânsito em julgado de sentença penal condenatória antes de restringir a capacidade eleitoral passiva de seus cidadãos, segundo se lê na tradução de Ferreira e Ortiz:

> 1. Deixar sem efeito os atos administrativos sancionatórios que impuseram sanções de inabilitação ao Senhor Gustavo Francisco Petro Urrego, de forma tal que possa exercer livremente seus direitos políticos, incluindo seu direito ao sufrágio passivo; [...]
> 3. Adequar sua legislação interna, em particular, as disposições da Constituição política e Código Disciplinar Único, que contemplam respectivamente a faculdade de destituir e inabilitar funcionário de eleição popular por parte da Procuradoria Geral da Nação no exercício de sua potestade disciplinar;
> 4. Adequar a norma penal para assegurar que não se incluam referências à via disciplinar ou fiscal nos tipos penais relacionados à eleição de pessoas inabilitadas. Em todo o caso, o Estado deve abster-se de aplicar o tipo penal previsto no artigo 5 da Lei n. 1834 de 2017, levando em consideração *as determinações sobre a inconvencionalidade da destituição disciplinar ou fiscal,*

sem prejuízo da ação penal cabível". (Constituição Federal Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jun. 2018)

34 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 21, já proclamava que "1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte do governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos", bem como que "3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; essa vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto". (Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 28 jun. 2018.)

35 CIDH, Informe nº 60/16. Petición 1742-13. Admisibilidad. Gustavo Francisco Petro Urrego. Colômbia, 6 dez. 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/coad1742-13es.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2018.

sem condenação penal transitada em julgado ("firme").[36-37] *(destaques nossos)*

Em outro julgamento da Corte IDH, ocorrido em 1º de setembro de 2011,[38] analisou-se o caso López Mendoza vs. Venezuela,[39] que discutia se seria cabível aos Estados-partes a imposição de novas restrições à capacidade eleitoral passiva, que não aquelas previstas no artigo 23.2 da Convenção Americana.

Em resumo, o Senhor Leopoldo López Mendoza, ex-prefeito do Município de Chacao, pretendia candidatar-se a prefeito de Caracas, mas duas "sanções de inabililitação", ou de inelegibilidades, impediriam, em tese, sua candidatura – impedimentos estes justificados, à época, pelo Estado da Venezuela, sob o mote de luta contra a corrupção e proteção do erário público.

Trata-se de dispositivos limitadores de direitos políticos muito semelhantes àqueles imputados pela lei de inelegibilidades brasileira. Contudo, tanto o Supremo Tribunal Federal como a justiça venezuelana, impulsionados por uma onda punitivista anticorrupção da opinião pública, apressaram-se em reconceituar a noção de sanção de inelegibilidade, que no Brasil assumiu o aspecto de "causa de

36 "A decisão da Comissão afasta as inelegibilidades criadas por autoridades administrativas, mas também, de roldão, exige para o afastamento da capacidade eleitoral passiva a condenação criminal transitada em julgado, impedindo-se os efeitos daquilo que é provisório como a condenação por colegiado em segunda instância por ato de improbidade ou mesmo condenação criminal, importando em censura severa a outros artigos da Lei da Ficha Limpa, tudo a beneficiar, por exemplo, candidato condenados sem o respectivo trânsito em julgado. Gustavo Petro Urrego se perfila como um dos pré-candidatos à presidência da Colômbia com maior intenção de voto e pode chegar à presidência nas próximas eleições de maio de 2018. A persecução política contra Gustavo Petro Urrego pareceu evidente para a Comissão Interamericana e para os juízes que estão julgando suas alegadas irregularidades fiscais-tipicamente administrativas, sendo que um tribunal regional afastou várias dessas sanções inabilitantes de sua elegibilidade". (FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; ORTIZ, Julio. Ficha limpa e caso Petro Urrego: controle de convencionalidade das inelegibilidades. *Revista Consultor Jurídico*, 02 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-02/ficha-limpa-petro-urrego-mostram-controle-inelegibilidades#author>. Acesso em: 30 jun. 2018*)*.

37 Gustavo Petro Urrego concorreu às eleições presidenciais na Colômbia, em 2018, e chegou ao segundo turno contra o candidato Iván Duque, o qual acabou vencendo o pleito eleitoral com 54% dos votos. (MANETTO, Francesco. Colômbia dá uma guinada à direita com eleição do conservador Iván Duque. *El país*, 19 jun. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/18/internacional/1529272882_814333.html>. Acesso em: 05 ago. 2018).

38 Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia. 01 set. 2011. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2018.

39 "O Sr. Leopoldo López Mendoza foi eleito em 2000 (e reeleito em 2004) prefeito do Município de Chacao, unidade integrante do Distrito Metropolitano de Caracas. No final do segundo mandato, ele pretendia candidatar-se à Alcadía Mayor de Caracas (órgão político-administrativo que congrega a região metropolitana de Caracas), no entanto, foi impedido de se candidatar por força da imposição de duas sanções de inabilitação (sanções de inelegibilidade) decretadas pelo Controlador Geral da República: a primeira, decorrente de processo que apurou a existência de conflito de interesses quando, antes de ser prefeito, trabalhava na empresa Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) e como voluntário em uma organização não governamental que recebeu subvenções sociais da estatal venezuelana; e a segunda, decorrente da aplicação de multa por ter ele, no exercício do mandato de Prefeito Municipal, aplicado verbas orçamentárias em desacordo com a finalidade legal. Em razão do primeiro procedimento, o órgão administrativo aplicou-lhe sanção pecuniária (multa) equivalente a US$ 647,50 e, posteriormente, seguindo o rito procedimental local, foi editada Resolução de inabilitação para o exercício de funções públicas por 3 (três) anos. Em razão do segundo procedimento, o órgão administrativo aplicou-lhe multa (equivalente a US$ 4.239,58) e, em seguida, por entender que a conduta era grave e que seria o caso de reincidência, editou Resolução de inabilitação para o exercício de funções públicas pelo período de 6 (seis) anos. Ambas decisões foram confirmadas pela Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça que afastou os recursos de nulidade requeridos para desconstituir estas decisões. Em virtude destas sanções, o Sr. Leonardo López Mendoza não pôde se inscrever para a postulação do cargo de Prefeito do Distrito Metropolitano de Caracas perante a Junta Eleitoral do referido distrito. Ao propor a demanda perante a Corte, a Comissão IDH postulou que fosse reconhecida a violação ao direito de ser eleito (ofensa ao art. 23.1.b e 23.2 da Convenção); a existência de ofensa às garantias judiciais nos procedimentos administrativos desenvolvidos; e, ainda, a existência do dever de adotar disposições de direito interno para salvaguardar tais garantias convencionais". (BASTOS JR., Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11(1), jan./jun. 2015, p. 235. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n1/1808-2432-rdgv-11-1-0223.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017).

inelegibilidade", e em relativizar a grave restrição imposta à democracia, sob o pretexto de que um candidato inelegível continuaria em pleno exercício dos demais direitos políticos e, portanto, não haveria que se falar em sanção/restrição de natureza política.

Uma construção interpretativa forçada e incompatível com o princípio democrático que não se sustentou na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em seu julgamento, a Corte IDH reconheceu que "as sanções de inabilitação" implicavam claras restrições de natureza sancionatória ao direito de ser votado, um dos direitos políticos reconhecidos no artigo 23.1. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e, como em seu entender, toda limitação imposta por via de sanção somente poderia se fundar em uma condenação criminal transitada em julgado (23.2), a Venezuela estaria infringindo os artigos 8.1, 23.1.b e 23.2 da Convenção Americana.

Assim, admitindo-se que as "causas de inelegibilidade" existentes na legislação brasileira, nada mais são do que sanções restritivas de direitos políticos, como já vem decidindo a Corte IDH, há que se respeitar o princípio da presunção de inocência, como esclarecem Bastos Jr. e Santos:

> Revestindo-se a inelegibilidade de inegável natureza sancionatória, quando a Corte condiciona que as restrições aos direitos políticos só podem decorrer de sentença em processo penal, acaba por estender à interpretação do regime de proteção o conjunto de precedentes da Corte no tocante às garantias processuais penais igualmente insculpidas na Convenção. Desta forma, a inovação levada a termo pela Lei Complementar n. 135/2010, que passou a reconhecer que os efeitos seriam decorrentes de "decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado", viola frontalmente o princípio da presunção de inocência (por força da vinculação determinada pelo art. 23.2 da Convenção).[40]

40 *Ibidem*, p. 247.

Tem-se priorizado uma intepretação sistemática da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que considera as garantias do devido processo legal e da presunção de não culpabilidade como garantias extensivas às liberdades políticas, inclusive no exercício do direito subjetivo de candidatura.

Tal interpretação inclui também, entre outros, o artigo 8.2. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual garante a toda pessoa acusada de delito o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa, e o artigo 27, o qual proíbe a suspensão de direitos políticos nos Estados signatários do pacto, inclusive em caso de guerra, não se permitindo tampouco a suspensão das garantias de tais direitos.

Fato é que o Brasil, como signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, desde a promulgação do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, e de acordo com o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, internalizou – seja em caráter supralegal ou constitucional – o direito subjetivo de todos os cidadãos candidatarem-se, nos termos do que prevê a Convenção, sujeitando-se às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, as restrições a direitos políticos somente seriam permitidas, em nível nacional, se expressamente previstas no artigo 23.2. da Convenção, sendo obrigação do Poder Judiciário promover o adequado controle de convencionalidade, como bem alertam Bastos Jr. e Santos:

> E, mais ainda, de acordo com o que vem sendo reconhecido no plano supranacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, todos os órgãos judiciários domésticos possuem um dever de remover os óbices internos à plena aplicação da norma internacional mais benéfica ao ser humano, razão pela qual devem engajar-se em um esforço coordenado de controle de convencionalidade das normas domésticas, tendo em

> vista a máxima aplicação dos *standards* mínimos de proteção internacional dos direitos humanos.[41]

No mais, diversos outros diplomas internacionais vêm historicamente construindo e solidificando a posição dos direitos políticos como direitos humanos, como se observava já na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)[42] e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e que protege o direito de todo cidadão de votar e ser eleito, "sem restrições infundadas".[43]

Bonavides[44] vai mais longe, ao conceber como o mais fundamental dos direitos políticos a própria democracia, erigida em princípio cardeal inspirador de toda a organização participativa da cidadania, com liberdade, consenso e, acima de tudo, pluralismo.

Seguindo essa evolução da concepção e valorização do princípio democrático, os países da União Europeia, conforme convencionado na Comissão Veneza, em seu Código de Boas Práticas em Temas Eleitorais (2002), admitem pouquíssimas exceções ao livre exercício da vontade popular e desde que mediante a incidência das seguintes condições cumulativas:[45] (i) a expressa previsão legal; (ii) o respeito ao princípio da proporcionalidade; (iii) as condições para privar os indivíduos do direito de se candidatarem a eleições podem ser menos rigorosas do que aquelas para privá-los do direito de voto; (iv) a privação deve basear-se na incapacidade mental ou numa condenação criminal por um crime grave; (v) além disso, a retirada de direitos políticos ou a constatação de incapacidade mental só podem ser impostas por decisão expressa de um tribunal.

É de se notar que, para os países europeus, as restrições às candidaturas podem ser menos rigorosas do que as restrições ao voto, pois se respeita a soberania da vontade popular e o discernimento do eleitor na escolha de quem será seu melhor representante. Exatamente o contrário do aplicado na Constituição brasileira, a qual admite aos analfabetos votarem, mas não que sejam votados, em uma flagrante herança do elitismo democrático obsoleto do século passado.

Nogueira Alcalá, quando se pronunciou como perito no julgamento do caso López Mendoza vs. Venezuela, foi categórico ao defender que as sanções de inabilitação (ine-

41 *Ibidem*, p. 225.

42 Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 28 jun. 2018.

43 Artigo 25. Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e *de ser eleito* em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país". (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 28 jun. 2018.)

44 "Transformado num direito fundamental, o mais fundamental dos direitos políticos, direito, tornamos a repetir, de quarta geração, para assinalar o teor de novidade de sua aplicação compulsiva, a democracia já não é unicamente o direito natural das declarações universais, políticas e filosóficas, dos séculos revolucionários, mas o direito positivo das Constituições e dos tratados, de observância necessária, por conseguinte, tanto na vida interna como externa dos Estados". (BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 525)

45 Nossa livre tradução do seguinte texto: "1. Universal suffrage 1.1. Rule and exceptions Universal suffrage means in principle that all human beings have the right to vote and to stand for election. This right may, however, and indeed should, be subject to certain conditions: (...) d. Deprivation of the right to vote and to be elected: i. provision may be made for depriving individuals of their right to vote and to be elected, but only subject to the following cumulative conditions: ii. it must be provided for by law; iii. the proportionality principle must be observed; conditions for depriving individuals of the right to stand for election may be less strict than for disenfranchising them; iv. The deprivation must be based on mental incapacity or a criminal conviction for a serious offence. v. Furthermore, the withdrawal of political rights or finding of mental incapacity may only be imposed by express decision of a court of law". (Código de Boas Práticas em Temas Eleitorais. Disponível em: <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2002)023-e>. Acesso em: 30 jun. 2018)

legibilidades) jamais poderiam incidir sobre aqueles que desejassem se submeter ao escrutínio do voto popular, posto que aplicadas por órgãos administrativos controladores ou funcionários públicos, os quais, não tendo se submetido ao mesmo escrutínio, também não poderiam limitar do povo o exercício de seu poder soberano.[46]

O que o mundo ocidental democrático já entendeu, e que o Brasil ainda sofre em acompanhar, é que as restrições aos direitos de votar e de ser votado são restrições ao próprio princípio democrático e devem ser manejadas com cautela e em regime de estrita excepcionalidade, apenas na salvaguarda de outros direitos fundamentais, principalmente em sistemas tradicionais exclusivamente representativos, como é o caso brasileiro, que não incentivam outras formas de participação popular.

5. Considerações finais

O Brasil não é um país de grandes tradições democráticas. Em verdade, é possível se dizer que a democracia, de fato, só foi conhecida pelo povo brasileiro com a promulgação da Constituição de 1988.

Até então, durante todo o período republicano anterior, o país atravessou por períodos ditatoriais e por restrições injustificáveis ao direito de votar e ser votado, geralmente reservado às elites brancas oligárquicas detentoras do poder político-econômico no país.

Ainda assim, mesmo após a redemocratização, não é possível ainda afirmar que a prática democrática tenha sido realmente incorporada pelo povo brasileiro.

Em primeiro lugar, não se praticam as formas de democracia direta e de expressão da vontade popular alternativas ao voto e ao sistema eleitoral, restando à maioria da população apenas a opção de escolher, a cada quatro anos, dentre alguns candidatos, aqueles que exercerão ativamente a prerrogativa de tomar as decisões políticas de interesse coletivo.

Para piorar, aplica-se o ultrapassado modelo de representação não imperativo que ganhou força no século XX, sob o discutível argumento schumpteriano de "irracionalidade das massas", com a delegação de poderes a representantes provenientes das elites, que em tese seriam mais dotados de racionalidade política, vez que o cidadão comum, segundo tais teorias do elitismo democrático, não teria capacidade nem interesse político para participar diretamente da vida pública de um Estado.



Destarte, a partir do momento em que são eleitos, os mandatários deixam de responder diretamente ao povo e passam a assumir agendas nem sempre fiéis àquelas às quais se propuseram durante o pleito eleitoral, já que a Constituição Federal não prevê mecanismos de controle social que permitam à população cobrar prestações de contas ou lealdade programática daqueles por ela eleitos.

Some-se a isso todo um arcabouço político-eleitoral que inviabiliza o fortalecimento dos partidos políticos em torno de

46 BASTOS JR., Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11(1), jan./jun. 2015, p. 239. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n1/1808-2432-rdgv-11-1-0223.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

programas e propostas definidos, pulverizando a representação em um multipartidarismo exacerbado e com resquícios clientelistas, o que coloca o Congresso Nacional como o parlamento com o maior número de partidos do mundo: 28 (vinte e oito), de um total de 35 (trinta e cinco)[47] partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral.

O presidencialismo de coalizão, combinado com essa pulverização partidária, completa o desastre institucional que foi desenhado para a organização dos poderes no país e contribui para um distanciamento cada vez mais crescente entre os que votam e aqueles que foram votados.

O Poder Legislativo, principalmente, que deveria ser a "Casa do Povo", parece cada vez mais se escusar de temas polêmicos, porém de relevante e urgente demanda da sociedade, colocando-se como refém da lógica adversarial eleitoral e da ausência de programas e propostas concretas dos que o compõem: passa-se a defender apenas e simplesmente a manutenção do poder, pelo poder.

Tal comportamento distancia o povo da institucionalidade da política e o sujeita a uma esfera de debate que, embora não deixe de ser política, é extremamente anárquica e prejudicial à democracia.

A instantaneidade das comunicações – seja por meio das mídias convencionais, seja pela internet, redes sociais e outros recursos que marcaram a entrada do século XXI – permite uma manipulação maior da opinião pública por elementos exteriores ao Estado, como grandes corporações econômicas, veículos poderosos de imprensa ou até mesmo agrupamentos políticos extremistas – tanto da direita, como da esquerda.

A proliferação incontrolável das *fake news* e a insistência em se alijar o povo do debate público, além de disseminar desinformação e reativar movimentos ultraconservadores avessos à diversidade social, vêm criando uma falsa sensação comum de que a política é nociva à sociedade e que o privado, o particular, o individualismo – ainda que empresarial – é o que conforma as relações sociais das "pessoas de bem".

Considerando-se que não há tampouco democracia na mídia, que hoje se concentra majoritariamente em poder de seletos grupos econômico-familiares, ou nas empresas, ou nas associações, ou nas escolas, ou nos poderes burocráticos que conformam o Estado, ou em qualquer ambiente que compõe o dia a dia do cidadão comum, não há realmente como se cobrar qualquer tipo de consciência cívica, tal qual se verificava nas cidades-estado da Antiguidade grega.

A educação para a democracia se adquire na prática e, se não se vive a democracia em todas as esferas sociais, aí entendida como decisões consensuadas por todos e construídas sob os primados da igualdade e da liberdade, admitidos os pluralismos e a diversidade dos partícipes, não há como se implantar a democracia apenas no âmbito governamental e esperar que ela funcione.

Nesse sentido, há que se admitir que provém dos antigos a construção de todo o princípio democrático que ainda hoje é vislumbrado como o ideal.

O sistema de representação somente foi adotado porque os Estados modernos já eram demasiadamente complexos e extensos para que se pudesse reunir a população em praça pública para deliberar sobre todos os assuntos de interesse comum, como ocorria na pequena Atenas da época de Péricles.

Se esse modelo de representação tradicional funcionou bem por séculos, nos países ocidentais capitalistas europeus, que o consolidaram, esses mesmos países perceberam hoje que a democracia puramente representativa é demasiado lenta para a era tecnológica do século XXI.

47 Partidos políticos registrados no TSE. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em: 01 jul. 2018.

A maioria dos países com cultura democrática consolidada, apropriada pelo povo, não conseguem mais aplicar a democracia representativa tradicional, sem alterná-la com instrumentos de participação direta: o que significa que se recorre frequentemente a plebiscitos e referendos ou outras vias de consulta popular, vez que os mandatos dos representantes eleitos são imperativos, isto é, admite-se o controle social dos mandatos, com a previsão até de sua revogação por voto popular.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as previsões das normas supranacionais reconhecem, por sua vez, que os direitos políticos têm *status* de direitos humanos protegidos globalmente e que a soberania da vontade popular deve ser quase que irrestrita.

Essa soberania somente será contemplada se houver, no mínimo, liberdade plena de votar e de ser votado, posto que, se o povo é soberano para decidir sobre os assuntos de interesse comum do Estado, é preciso que seja livre e soberano para escolher aqueles que participarão ativamente dessa decisão.

No entanto, a legislação infraconstitucional brasileira, em flagrante desrespeito à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelece um extenso rol de impedimentos à capacidade eleitoral passiva, inclusive de natureza cível, eleitoral e administrativa.

De acordo com julgamentos similares da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aos quais o Brasil acordou em se submeter, tais impedimentos têm natureza de sanção e, portanto, devem respeitar o princípio da presunção de inocência.

O Poder Judiciário brasileiro, sob esse aspecto, teria um papel fundamental no controle de convencionalidade, cumprindo o poder-dever de negar vigência a qualquer norma infraconstitucional que fosse além das restrições autorizadas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos com relação aos direitos políticos.

A formação da vontade popular deve ser garantida por uma pluralidade de partícipes que reflitam toda a diversidade da conformação social, o que só pode ser viabilizado se for concedida ampla oportunidade para todos participarem, seja na escolha de seus representantes, seja se candidatando para exercer a representação. Elitismo, fragmentação, segregação, não combinam com democracia.

Portanto, a restrição ao direito de ser votado deve ser imposta em caráter excepcionalíssimo, e, segundo o artigo 23.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, apenas por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução e incapacidade civil ou mental. A única restrição ao direito de ser votado que se poderia impor em caráter sancionatório, segundo a Convenção, seria em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado.

A Lei Complementar nº 135/2010, ou "Lei da Ficha Limpa", contudo, restringiu de tal forma a capacidade eleitoral passiva do povo brasileiro, que quase se pode afirmar que todas as hipóteses de inelegibilidades nela previstas são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e afrontosas ao princípio democrático.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal esquivou-se de praticar o controle de convencionalidade e declarou a constitucionalidade da lei usurpadora da soberania popular.

É de se estranhar que, justamente o órgão que deveria exercer o papel contramajoritário de resistência a ondas momentâneas da opinião pública, tenha sucumbido à mobilização moralizadora e supressora de direitos políticos fundamentais que culminou na "Lei da Ficha Limpa".

Talvez, e voltando-se aqui à afirmação feita anteriormente de que o Brasil falhou na institucionalização democrática em outras esferas que não nas eleições legislativas e

executivas, tal fato se deva à própria deficiência democrática na conformação do Supremo Tribunal Federal, hoje responsável também pela crise de separação de poderes assistida no país.

A forma de composição do Supremo Tribunal Federal, que se dá por indicação do Presidente da República e aprovação meramente "pró-forma" do Senado Federal, para mandatos vitalícios, que serão exercidos por onze cidadãos nas decisões, em última instância, de praticamente todos os assuntos legislativos de relevância no país, não se coaduna com os pressupostos democráticos de alternância, ou provisoriedade de poder, e pluralidade de partícipes na escolha daqueles que exercerão o poder.

Daí decorre um ativismo judicial muitas vezes nocivo à democracia, mas também alimentado pela inércia dos demais Poderes da República, que, ao se furtarem de embates polêmicos ou afastarem intencionalmente o povo de suas decisões, levam a opinião pública a demandar a intervenção do único órgão não preenchido pela escolha popular.

Será necessária uma reforma política profunda para recompor as instituições democráticas no país, uma reforma que institucionalize o debate público e estimule a participação popular, o que já poderia começar com a aplicação dos instrumentos de democracia direta previstos na Constituição, embora rejeitados sucessivamente pelas legislaturas que até aqui se sucederam no Congresso Nacional.

Até que isso aconteça, as eleições, no país, continuarão sendo decididas mais nos tribunais do que nas urnas. Fica, então, um apelo aos magistrados, para que cumpram com o seu poder-dever de controle de convencionalidade e de salvaguarda dos direitos fundamentais garantidos em nossa Constituição, dentre os quais, o direito de votar e de ser votado.

Referências

ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia*: ensaios em teoria habermasiana e em teoria democrática. São Paulo: Perspectiva, 2017.

BASTOS JR., Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11(1), p. 223-256, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n1/1808-2432-rdgv-11-1-0223.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

BÔAS, Bruno Villas. IBGE: Brasil tem 11,8 milhões de analfabetos; metade está no Nordeste. *Valor Econômico*, 21 dez. 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5234641/ibge-brasil-tem-118-milhoes-de-analfabetos-metade-esta-no-nordeste>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____ . *Teoria geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DAHL, Robert. *Preface to democratic theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1956.

DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. New York: Harper and Brothers, 1956.

FABRE-GOYARD, Simone. *O que é democracia*? São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; ORTIZ, Julio. Ficha limpa e caso Petro Urrego: controle de convencionalidade das inelegibilidades. *Revista Consultor Jurídico*, 02 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-02/ficha-limpa-petro-urrego-mostram-controle-inelegibilidades#author>. Acesso em: 30 jun. 2017.

GUEDES, Néviton. O poder de limitar a cidadania também encontra limites. *Revista Consultor Jurídico*, 16 abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>. Acesso em: 01 jul. 2017.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MANETTO, Francesco. Colômbia dá uma guinada à direita com eleição do conservador Iván Duque. *El país*, 19 jun. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/18/internacional/1529272882_814333.html>. Acesso em: 05 ago. 2018.

MILL, John Stuart. Considerations on representative government. *In: Collected Papers of John Stuart Mill*. Londres: University of Toronto Press, Routledge and Kegan Paul, 1977, v. XIX. [trad. Bras. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2017.

SOARES, Alessandro. *A democracia direta no constitucionalismo latino-americano e europeu*: análise comparada de Venezuela, Equador, Brasil e Espanha. São Paulo: Liberars, 2017.

STF decide pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. *Portal do Supremo Tribunal Federal*. 17 fev. 2012. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=200628>. Acesso em: 30 jun. 2018.

TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. Trad. Mario Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001.

Revista do TRF3 - Ano XIX - n. 138 - Jul./Set. 2018

Serviço público de combate a incêndio e taxas



Leonardo de Medeiros Fernandes
Bacharel em Direito pela UFPE. Advogado da Petrobras Distribuidora S.A. na Coordenação de Tribunais Superiores em Brasília. Professor.

RESUMO: Os órgãos da segurança pública dos estados-membros devem ser mantidos pelas receitas públicas de impostos entre outras dotações não tributárias, porque constituem serviços universais e gerais, isto é, indivisíveis e inespecíficos, beneficiando e protegendo a comunidade em geral. A partir dessa tese, o Supremo Tribunal Federal, em 24/05/2017, no Recurso Extraordinário 643.247/SP, julgou a inconstitucionalidade da taxa de combate a sinistros, instituída por lei municipal. Indiscutivelmente, a atividade ampla de prevenção e combate a incêndios, decorrente de um poder de polícia geral, empreendida pelos corpos de bombeiros militares – órgãos da segurança pública dos estados-membros –, deve ser financiada pelas receitas de impostos estaduais. Mas legítima é a taxa estadual quando seu fato gerador é a atividade especial de fiscalização e controle decorrente de um poder de polícia específico levado a cabo pelo órgão castrense, porque configura um serviço público divisível e específico. Diante da declaração de inconstitucionalidade da exação e na linha da jurisprudência do STF e STJ, surge o direito à devolução do crédito pelo pagamento indevido perante as Fazendas Públicas Municipais e Estaduais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Tributário. Taxa. Imposto. Poder de polícia. Serviço público. Jurisprudência.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A origem da discussão. 2. Afinal: taxas ou impostos? 3. Restituição do indébito? Conclusão. Referências.

Introdução

O eg. Supremo Tribunal Federal (STF), em 24/05/2017, julgou o Recurso Extraordinário (RE) 643.247/SP, na sistemática da repercussão geral (tema 16), em que se discutiu a *constitucionalidade de taxa de combate a sinistros, instituída por lei municipal*.[1] Em seguida, deliberou fixar a tese referente à repercussão geral (ata de julgamento disponibilizada no DJe em 03/08/2017):

> O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim". Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º/08/2017.

A decisão, ao que tudo indica, trará implicações nas receitas públicas arrecadadas pelo Poder Público e, bem assim, sobre o patrimônio das pessoas que sofrem (ou sofreram) a fiscalização decorrente do exercício do poder de polícia, possibilitando, inclusive, a par dessa declaração de inconstitucionalidade, manejar as respectivas ações de repetição de indébito (STJ, Primeira Seção, REsp 1.351.329/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 14/12/2016, DJe 19/04/2017).

1. A origem da discussão

O eg. STF possuía entendimento jurisprudencial sumulado no sentido de considerar *legítima* a instituição pelos estados-membros da taxa de "serviço contra fogo" sintomaticamente denominada "taxa de bombeiros", *in verbis:*

> Súmula nº 549 do STF. A taxa de bombeiros do Estado de Pernambuco é constitucional, revogada a Súmula nº 274.[2]

A tese foi fixada, em sessão plenária, aos 03/12/1969, tendo como referência legislativa o artigo 19, II, da Constituição da República/1967 (CR) e, no caso concreto, o Código Tributário de Pernambuco (arts. 786 a 790):

> Art. 19. Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios arrecadar:
> [...]
> II - taxas pelo exercício regular do poder de polícia ou pela utilização de serviços públicos de sua atribuição, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

Entre os precedentes invocados, cita-se o *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança* (RMS) 16.163/PE, com acórdão de relatoria do Ministro Eloy da Rocha. Amparado em parecer assinado pelo então Ministro o Professor Aliomar Baleeiro, aquele Tribunal Pleno decidiu, aos 03/04/1969, pela *constitucionalidade* e legitimidade da taxa para serviços contra incêndio exigíveis de proprietários de imóveis e de estabelecimentos que têm o serviço à sua disposição, ao fundamento de que:

> Quem paga a taxa recebeu o serviço ou vantagem; goza da segurança decorrente de ter o serviço à sua disposição, ou, enfim, provocou uma despesa do poder público. A casa de negócio, a fábrica ou o proprietário podem não invocar nunca o socorro dos bombeiros, mas a existência duma corporação disciplinada e treinada para extinguir incêndios, dotada de

1 Lei nº 8.822/1978 do Município de São Paulo.

2 Súmula nº 274 do STF. "É inconstitucional a taxa de serviço contra fogo cobrada pelo Estado de Pernambuco".

> veículos e equipamentos adequados e mantida permanentemente de prontidão, constitui serviço e vantagem que especialmente lhe aproveita e reduz a um mínimo inevitável seus prejuízos e riscos [...].
> (STF, Pleno, RMS 16.163/PE, Relator para o Acórdão Ministro Eloy da Rocha, j. 03/04/1968, DJ 29/12/1969)

Esse entendimento veio a ser mantido até a égide da CR/1988, que repetiu aquela fórmula constitucional,[3] fundamentando várias leis estaduais ainda em vigor, reconhecida assim no âmbito do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> TRIBUTÁRIO. TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA PELA UTILIZAÇÃO POTENCIAL DO SERVIÇO DE EXTINÇÃO DE INCÊNDIOS. LEIS ESTADUAIS 6.763/75 E 14.938/2003. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
> 1. A taxa de segurança pública, devida pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios, instituída pela Lei mineira 6.763/75, com a redação dada pela Lei Estadual 14.938/2003, restou considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por envolver atividade estatal que se traduz em prestação de utilidade específica e divisível, cujos beneficiários são suscetíveis de referência individual (RE 206777/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 25.02.1999, DJ 30.04.1999; e RE-AgR 473611/MG, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 03.08.2007).
> 2. Recurso ordinário desprovido.
> (STJ, Primeira Turma, RMS 21.219/MG, Relator Ministro Luiz Fux, j. 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

Por anos, várias pessoas contribuíram com o tributo estadual "taxa de serviço contra fogo" ou "taxa de bombeiros" instituída, por lei, em benefício de corporações do corpo de bombeiros militar, que se inserem, na estrutura administrativa dos estados-membros, por força de norma constitucional:

> CR/1988, Art. 144. [...] § 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Nesse ano de 2017, o eg. STF foi instado a se pronunciar sobre a validade de *lei municipal* de São Paulo que instituiu a similar "taxa de combate a sinistros".

Com efeito, formalmente, essas exações instituídas pelo poder edilício são inconstitucionais por adentrarem na órbita de competência dos estados-membros *ex vi* § 6º do artigo 144 da CR/1988.

Sucede que o eg. STF foi além da análise do aspecto formal, no controle difuso, e, analisando a matéria tributária, também considerou a referida exação municipal inconstitucional, ao entendimento de que os *serviços de prevenção e combate* ao fogo levados a cabo pelos *órgãos de segurança pública estaduais* deveriam ser financiados exclusivamente pela receita dos impostos e não taxas. Razão assiste ao eg. STF. Explicamos melhor.

Da leitura do enunciado da Súmula nº 549 do STF (de 1969) extrai-se a "revogação" do enunciado da Súmula nº 274 do STF (de 1963); o qual continha tese diametralmente oposta àquele, ou seja, decidia-se pela *inconstitucionalidade* dessa exação, *in verbis*

> Súmula nº 274 do STF. É inconstitucional a taxa de serviço contra fogo cobrada pelo Estado de Pernambuco.

3 CR/1988, "Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;".

O enunciado da Súmula nº 274 foi firmado em sessão plenária, aos 13/12/1963, sob a égide da CR/1946, anterior, portanto, à reforma tributária da Emenda Constitucional 18/1965. Invocou-se, naquele momento, o precedente no RE 48.879/PE que, amparado em outras decisões do próprio STF (*v.g.* RMS 9.468), decidiu que "o serviço de incêndio participa da natureza dos encargos de ordem geral da administração pública" (STF, Segunda Turma, RE 48.879/PE, Relator Ministro Ribeiro da Costa, j. 06/08/1963, DJ 10/10/1963).

Nesse ano de 2017, o eg. STF foi instado a se pronunciar, no RE 643.247/SP, na sistemática da repercussão geral (tema 16), sobre a validade de *lei municipal* que instituiu a similar taxa de "combate a sinistros". Ao que nos parece, o STF trilha agora o "caminho de volta" ao entendimento consubstanciado, naquele ano de 1963, no enunciado da Súmula nº 274 da sua jurisprudência dominante. Mas a questão não é simples.

2. Afinal: taxas ou impostos?

As taxas de serviços públicos remuneram serviços públicos singulares e especiais (aí inseridos os serviços relativos ao exercício do poder de polícia), isto é, divisíveis e específicos (*uti singuli*), nos termos do Código Tributário Nacional (CTN), artigo 79, II e III. A exemplo da *taxa de controle e fiscalização ambiental,* instituída pela Lei Federal nº 10.165/2000 e declarada constitucional pelo STF (RE 416.601/DF, Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 10/08/2005, DJ 30/09/2005) e a taxa municipal de coleta de lixo domiciliar igualmente legítima (Súmula Vinculante nº 19 do STF).[4]



Os serviços públicos que constituem serviço universal e geral (*uti universi*), ou seja, indivisíveis e inespecíficos, por exemplo, relacionados à segurança pública, devem ser financiados pelas receitas de *impostos*, porque o benefício se dilui por toda a coletividade, consoante se extrai do próprio CTN/1966:

> Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Assim, os tributos de fato gerador vinculado a uma prestação estatal gozam de *referibilidade* em relação ao Estado, daí as taxas serem tributos contraprestacionais ou retributivos, porque remuneram essas atividades. Por outro lado, tributos como os impostos, que não possuem vinculação alguma, não exigem essa referibilidade, são simples tributos contributivos ou prestacionais.

Por essa razão, a CR/1988 veda a coincidência dos fatos geradores e bases de cálculo entre taxas e impostos,[5] dado que são exações as quais, por natureza, jamais poderão se

4 Súmula Vinculante nº 19 do STF. "A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da CR/1988".

5 Vedação essa extensível às contribuições de melhoria, malgrado o silêncio da legislação. Essa restrição, a partir da CR/1988, não se estende aos empréstimos compulsórios e contribuições especiais.

confundir, estando essa distinção consagrada em nível constitucional.

Desse modo, a verificação da existência de especificidade e divisibilidade do tributo não será realizada pelo eg. STJ,[6] uma vez que as leis impositivas reproduzem o disposto na Lei Maior, cabendo à Suprema Corte o seu exame:

> CR/1988, Art. 145. [...] § 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.[7]

Esse foi, inclusive, o fundamento para a fixação da tese de inconstitucionalidade da taxa de "*iluminação pública*" (Súmula Vinculante nº 41 do STF).[8-9]

Como constatamos nos recentes arestos, esse fundamento vem sendo invocado pelo Pretório Excelso em situações análogas,[10] especificamente sobre serviços de segurança pública:

> DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE SEGURANÇA PARA EVENTOS. SERVIÇO PÚBLICO GERAL E INDIVISÍVEL. REMUNERAÇÃO MEDIANTE IMPOSTO. DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES.
> 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a atividade de segurança pública é serviço público geral e indivisível. Logo, deve ser remunerada mediante imposto.
> 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25, Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF).
> 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.
> (STF, Primeira Turma, RE 964.541/DF AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 24/03/2017, DJe 28/04/2017)

> DIREITO TRIBUTÁRIO. TAXA DE SEGURANÇA PARA EVENTOS. SERVIÇO PÚBLICO GERAL E INDIVISÍVEL. REMUNERAÇÃO MEDIANTE IMPOSTO. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 03.6.2015.
> 1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a atividade de segurança pública é serviço público geral e indivisível, logo deve ser remunerada mediante imposto. Isto é, viola o art. 145, II, do Texto Constitucional a exigência de taxa para sua fruição. Precedentes.
> 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.
> 3. Agravo regimental conhecido e não provido.
> (STF, Primeira Turma, ARE 931.872 AgR/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, j. 05/04/2016, DJe 19/04/2016)

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO.
> 1. LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO TRI-

6 Nesse sentido, conferir: STJ, Primeira Turma, AgRg no Ag 1.370.930/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/02/2012, DJe 28/02/2012.

7 *Idem*: CTN/1966, "Art. 77. [...] Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas".

8 Súmula nº 670 do STF. "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa".

9 Posteriormente, o Congresso Nacional reagindo ao entendimento do eg. STF editou a Emenda Constitucional nº 39/2002 que acrescentou o "Art. 149-A: Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III".

10 Outros precedentes: STF, ADI 1.942/PA, Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, j. 18/12/2015, DJe 12/02/2016; RE 269.374 AgR/MG, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 02/08/2011, DJe 19/08/2011.

> BUNAL DE JUSTIÇA LOCAL: AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA.
> 2. TAXA DE SEGURANÇA OSTENSIVA: INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
> 3. TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA: SERVIÇO DE EXTINÇÃO DE INCÊNDIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO RE 643.247. QUESTÃO SUSCETÍVEL DE REPRODUZIR-SE EM MÚLTIPLOS FEITOS. ART. 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUANTO A ESSE ASPECTO, DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. NO MAIS, AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
> (STF, Segunda Turma, RE 583.268 AgR/SC, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 22/09/2015, DJe 01/10/2015)

Os órgãos de segurança pública da estrutura dos estados-membros, tanto na vertente repressiva (polícia civil), quanto preventiva (polícia militar e corpo de bombeiros militar), portanto, devem ser manutenidos pelas receitas públicas de ICMS, IPVA e ITCMD, entre outras dotações não tributárias.

No caso sob exame, o resultado do julgamento do RE 643.247/SP ficou registrado no Informativo da Jurisprudência do eg. STF nº 866 (destaques nossos):

> O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 16 da repercussão geral, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutiu a constitucionalidade de taxa de combate a sinistros instituída por lei municipal.
> Na espécie, o tribunal de origem assentou a inconstitucionalidade da taxa, por considerar o serviço público por ela financiado de competência estadual. De acordo com o acórdão recorrido, houve inadequação do custeio, por meio de taxa, em face da ausência de especificidade e divisibilidade do serviço (*vide* Informativo 855).
> Prevaleceu o voto do ministro Marco Aurélio (relator).
>
> O relator inicialmente citou a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.942 MC/PA (DJ de 22.10.1999), no sentido de que, em face do art. 144, "*caput*", V e § 5º (1), da Constituição Federal, sendo *a segurança pública dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio, entre outras, da polícia militar, essa atividade do Estado somente pode ser sustentada por impostos, e não por taxa.*
> *Consignou que a prevenção e o combate a incêndios se fazem mediante a atuação da polícia retratada no corpo de bombeiros, sendo atividade essencial do Estado e, por isso, remunerada por meio de impostos.* Desse modo, entendeu ser inconcebível que, a pretexto de prevenir sinistro relativo a incêndio, venha o Município a substituir-se ao Estado, com a criação de tributo sob o rótulo de taxa.
> O ministro reforçou que a atividade precípua do Estado é viabilizada mediante arrecadação de impostos. Por sua vez, *a taxa decorre do exercício do poder de polícia ou da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à disposição. Assim, no âmbito da segurança pública, no tocante à preservação e ao combate a incêndios, nem mesmo o Estado poderia instituir validamente taxa.*
> Em suma, considerou que a manutenção do corpo de bombeiros, que é um órgão estadual, e não municipal, é feita estritamente por impostos, e não por taxas.
> Vencidos os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, que deram provimento ao recurso.
>
> (STF, Pleno, RE 643.247/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 24/05/2017)

Em seguida, a Corte deliberou, à unanimidade, fixar a tese de repercussão geral em assentada posterior: "A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim" (ata de julgamento disponibilizada no DJe em 03/08/2017).

Em cotejo, invocamos o precedente, na composição da Suprema Corte há época da consolidação da Súmula nº 274, que bem delineia a tese aqui defendida:

> TAXA DE BOMBEIROS. RECURSO DE MANDADO DE SEGURANÇA. PROVIMENTO. CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO, ART. 786. O imposto único não exclui, de modo absoluto, a incidência de taxas remuneratórias de serviço público. O serviço de incêndio participa da natureza dos encargos de ordem geral da administração pública, a que incumbe prestá-lo ou pô-lo a disposição, não apenas de determinado número ou classe de estabelecimentos comerciais ou industriais, mas, sim, a toda a população de uma localidade, onde se instale a capital do estado ou seus Municípios. A taxa de bombeiros é, sem dúvida, tributo destinado ao custeio de serviço de exclusivo interesse público, como o é o da defesa nacional, o do ensino primário, o de polícia, etc., serviços estes que devem ser custeados por impostos.
> (STF, Segunda Turma, RE 48.879/PE, Relator Ministro Ribeiro da Costa, j. 06/08/1963, DJ 10/10/1963)

Questão bem diversa, porém, na qual entendemos legítima a exação, refere-se ao caso em que o fato gerador da taxa estadual é a *atividade especial de fiscalização e controle* e a correspondente expedição de alvarás, por exemplo, autorizando a regularidade de empreendimentos, sindicando as saídas de emergência, a eficiência de extintores de incêndio, etc., porque é um serviço público decorrente de um *poder de polícia específico* levado a cabo pelo corpo de bombeiros.

Trata-se aqui de um *serviço específico e divisível* (*uti singuli*), que se destaca daquela *atividade ampla de prevenção e combate a incêndios* decorrente de um *poder de polícia geral* próprio do órgão castrense e, portanto, *serviço público inespecífico e indivisível* (*uti universi*), esse sim objeto da novel jurisprudência do eg. STF.

Situação idêntica ocorre com a vigente *taxa federal*, instituída pela Lei nº 10.826/2003, e cujo fato gerador é a emissão do *porte de arma de fogo*. Essa autorização é dada ou pelo exército brasileiro[11] ou pelo departamento da polícia federal[12] em idêntico exercício de *poder de polícia especial, atividade especial, específica e divisível*.

E veja-se que o poder de polícia é legitimamente exercido pelos órgãos das forças armadas (art. 142 da CR/1988) e da segurança pública da União (art. 144, I, da CR/1988), ambos, igualmente mantidos pelas receitas tributárias dos impostos para realização das suas *atividades amplas, respectivamente, de defesa da Pátria e dos Poderes constituídos, preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio*. Esse raciocínio, portanto, aplica-se integralmente ao caso das corporações de bombeiros militares.

Ainda sobre o tema, acresça-se que a jurisprudência do eg. STJ, seguindo orientação da Suprema Corte, "firmou-se no sentido de que é legítima a cobrança da taxa de fiscalização e funcionamento quando notório o exercício do poder de polícia pelo aparato administrativo do ente municipal, de modo que é dispensável a comprovação do exer-

11 Lei nº 10.826/2003, "Art. 27. Caberá ao Comando do Exército autorizar, excepcionalmente, a aquisição de armas de fogo de uso restrito".

12 Lei nº 10.826/2003, "Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm".

cício efetivo de fiscalização". (STJ, Segunda Turma, REsp 936.487/ES, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 24/08/2010, DJe 30/09/2010)

3. Restituição do indébito?

No RE 643.247/SP, o eg. STF decidiu pela falta de higidez constitucional da *lei municipal* da "taxa contra fogo" por invadir competência reservada aos estados-membros. Assim, em relação a essa taxa municipal, o direito a repetir o indébito é inegável. Igualmente, quanto à impossibilidade de taxa estadual nessas hipóteses, embora a Corte Constitucional não tenha analisado *in casu* lei estadual alguma, entendemos também possível, na linha dos fundamentos invocados, no próprio *decisum*, provocar a devolução desses créditos.

Ao que nos parece, essas "taxas" municipais e estaduais que têm fato gerador a *atividade ampla de prevenção e combate a incêndios* exigidas dos contribuintes, nos últimos 05 (cinco) anos, poderão, a partir desse *decisum* da Corte Constitucional, ser repetidas conforme dispõem os artigos 165 e 167 do CTN/1966.

E porque configuram tributos sujeitos a lançamento de ofício, o prazo prescricional quinquenal para pleitear a repetição tributária é contado da extinção do crédito tributário, do efetivo pagamento da exação (arts. 168, I, e 156, I, do CTN/1966).

Mas, se as obrigações tributárias estiverem constituídas e pendentes de lançamento, poderão ser manejadas as ações administrativas ou judiciais cabíveis para obstar a constituição do crédito respectivo, atentando-se que prescreve em 02 (dois) anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição. Esse prazo é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública (art. 169 do CTN/1966).

A propósito, de acordo com o eg. STJ, há interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com pleito de repetição de indébito pelo recolhimento de tributo tido por inconstitucional (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1537841/DF, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 17/09/2015, DJe 28/09/2015).

Quanto ao tema o eg. STJ decidiu, na sistemática dos recursos repetitivos, que o trânsito em julgado da declaração do STF relativa à inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo (controle concentrado) ou a publicação de resolução do Senado Federal que suspenda a execução da lei (controle difuso) não têm influência na contagem do prazo prescricional referente aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício ou por homologação:

> REPETITIVO. PRESCRIÇÃO. TAXA. ILUMINAÇÃO. [...] O trânsito em julgado da declaração do STF relativa à inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo (controle concentrado) ou a publicação de resolução do Senado Federal que suspenda a execução da lei (declaração da inconstitucionalidade em controle difuso) não têm influência na contagem do prazo prescricional referente aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício ou por homologação. Desse modo, visto que só em 4/4/2000 os recorrentes ajuizaram a ação pleiteando a repetição de indébito da taxa de iluminação pública (lei municipal declarada inconstitucional) referente aos exercícios de 1990 a 1994, inequivocamente houve a prescrição, pois transcorrido o prazo prescricional quinquenal entre o pagamento do tributo e a propositura da ação [...].
> (STJ, Primeira Seção, REsp 1.110.578/SP, Relator Ministro Luiz Fux, j. 12/05/2010, Informativo do STJ nº 0434).

Mais recentemente, perante o eg. STJ, buscou-se repetir crédito de contribuição



especial cuja lei instituidora foi declarada inconstitucional, mesmo não tendo o serviço público sido utilizado, conforme se infere do julgado,[13] *in verbis:*

> [...] CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE SERVIÇO DE SAÚDE. COMPULSORIEDADE AFASTADA PELO STF. [...]
> 4. Como representativo da citada jurisprudência, transcreve-se parte do já referido AgRg no AREsp 209.380/MG (Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 15.5.2013): "diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da cobrança compulsória de contribuição para custeio de serviços de saúde, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 64/2002, há de se reconhecer o direito de repetição das parcelas indevidamente recolhidas, independentemente da disponibilidade e do uso dos serviços por parte dos servidores" [...]
> (STJ, Primeira Seção, REsp 1.351.329/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 14/12/2016, DJe 19/04/2017)

Nessa hipótese, da decisão final que reconhece o direito do contribuinte ao crédito, a Fazenda Pública deverá observar, como regra geral, a sistemática dos precatórios delineada no artigo 100 da CR/1988. É reconhecido, entretanto, ao contribuinte beneficiário do indébito o direito de, ao invés de receber por precatório, optar pela *compensação tributária,*[14] modalidade de extinção do crédito tributário, desde que, nos autos da execução fiscal que se pretenda aproveitar, seja juntada a certidão do trânsito em julgado daquela sentença (artigos 170 e 170-A, ambos do CTN/1966).

> Ocorrido o trânsito em julgado da decisão que determinou a repetição do indébito, é facultado ao contribuinte manifestar a opção de receber o respectivo crédito por meio de precatório regular ou mediante compensação, uma vez que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação.
> (Súmula nº 461 do STJ; Primeira Seção, EREsp 502.618/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, j. 08/06/2005, DJ 01/07/2005).

Ademais, trata-se de exigência legal, porque o CTN/1966, a partir da reforma de 2001, determinou ser "vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial" (art. 156, II, art. 170-A, ambos do CTN/1966).

13 Apontamos ainda outros precedentes sobre casos idênticos nos quais se determinou a repetição de indébito baseada na declaração de inconstitucionalidade do tributo, *verbi gratia*: STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp 209.380/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 07/05/2013, DJe 15/05/2013; Primeira Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.280.082/MG, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18/12/2012, DJe 05/02/2013; Primeira Turma, AgRg no REsp 1.302.649/RS, Relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 11/09/2012, DJe 17/09/2012; Segunda Turma, REsp 1.167.786/MG, Relator Ministro Castro Meira, j. 15/06/2010, DJe 28/06/2010.

14 Súmula nº 213 do STJ. "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária". Súmula nº 460 do STJ. "É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte".

Isso ante a evidente necessidade de se assegurar a indisponibilidade do patrimônio público. Por essa razão, há muito, a jurisprudência afasta a possibilidade de *liminares* – tutelas provisórias[15] – para manejar a compensação de créditos tributários, porque tal medida precária – em procedimento de caráter essencialmente satisfativo – não se presta para afirmação da suficiência, certeza e liquidez dos créditos lançados.

Sobre o tema, o eg. STJ consolidou sua jurisprudência:

> TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. [...]
> IV. O julgamento exarado no Recurso Especial Repetitivo 1.167.039/DF, no sentido de que a compensação tributária deve aguardar o trânsito em julgado da decisão judicial, nos termos do art. 170-A do CTN, ainda que se trate de tributo declarado inconstitucional, não fez qualquer ressalva ou diferenciação quanto à espécie de exação objeto da declaração de inconstitucionalidade. (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1.286.900/MG, Relatora Ministra Assusete Magalhães, j. 15/09/2015, DJe 25/09/2015).

> DIREITO PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. EXIGÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA FINS DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA.
> O disposto no art. 170-A do CTN, que exige o trânsito em julgado para fins de compensação de crédito tributário, somente se aplica às demandas ajuizadas após a vigência da LC 104/2001, a qual acrescentou o referido artigo ao CTN. Precedentes citados: REsp 1.266.798-CE, Segunda Turma, DJe 25/4/2012; e AgRg nos EDcl no REsp 1.100.424-PR, Segunda Turma, DJe 27/4/2011.
> (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1.240.038/PR, Relator Ministro Og Fernandes, j. 08/04/2014, Informativo do STJ nº 541).

Da restituição desses créditos vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar (art. 167, parágrafo único, do CTN/1966; Súmula nº 188 do STJ).[16]

O eg. STJ consolidou o entendimento, em sede de recurso repetitivo (Tema 145), de que a "taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices" seja de juros ou atualização monetária, porque o seu cálculo abrange, além dos juros, a inflação do período (Súmula nº 523 do STJ; Primeira Seção, REsp 1.111.175/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, j. 10/06/2009, DJe 01/07/2009).

> TAXA SELIC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.
> Na repetição de indébito, os juros SELIC são contados a partir da data da entrada em vigor da lei que determinou sua incidência no campo tributário (art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95). A taxa SELIC reflete, basicamente, as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário e se decompõe de taxa de juros reais e taxa de inflação no período considerado, não podendo ser aplicada

15 Anote-se que se legitima ao contribuinte o manejo de mandado de segurança para ver declarado o seu direito à compensação tributária, desde que preenchidos os requisitos da Lei nº 12.016/2009, a qual, no mesmo sentido, dispõe que "não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários" (art. 7º, § 2º). Doutra banda, o juiz que julgar a ação mandamental não poderá determinar a convalidação do procedimento compensatório, tendo em vista a necessidade de dilação probatória e por ser essa tarefa reservada à autoridade administrativa competente. Nesse sentido: Súmula nº 212 do STJ. "A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória".

16 Súmula nº 188 do STJ. "Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença".

> cumulativamente com outros índices de reajustamento, tais como UFIR, IPC e INPC.
> (STJ, Primeira Turma, REsp 210.821/PR, Relator Ministro Garcia Vieira, j. 03/08/1999, Informativo do STJ nº 0026)

Quanto à correção monetária, na repetição de indébito tributário, ela incidirá a partir do pagamento indevido (Súmula nº 162 do STJ). Decidindo o eg. STJ que esse tema classifica-se como matéria de ordem pública e integra o pedido de forma implícita. Por isso, não caracteriza julgamento *extra* ou *ultra petita* sua inclusão *ex officio* no *decisum* feita pelo juiz ou tribunal; pois, nessa hipótese, conforme precedentes, é prescindível aplicar o princípio da congruência (STJ, Corte Especial, REsp 1.112.524/DF, Relator Ministro Luiz Fux, j. 1º/09/2010, DJe 30/09/2010).

Conclusão

Os órgãos da segurança pública, na estrutura orgânica dos estados-membros, tanto na vertente repressiva (polícia civil), quanto preventiva (polícia militar e corpo de bombeiros militar) devem ser manutenidos pelas receitas públicas de ICMS, IPVA e ITCMD, entre outras dotações não tributárias.

Isto posto, *atividade ampla de prevenção e combate a incêndios* decorrente de um *poder de polícia geral* empreendida pelos corpos de bombeiros militares, órgãos da segurança pública dos estados-membros, deve ser financiada pelas receitas de *impostos estaduais*, porque constituem serviços universais e gerais, isto é, indivisíveis e inespecíficos (*uti universi*), beneficiando e protegendo a comunidade em geral.

Mas legítima é a taxa estadual cujo fato gerador é uma *atividade especial de fiscalização e controle* decorrente de um *poder de polícia específico* levado a cabo pelo órgão castrense, porque configura um serviço público divisível e específico (*uti singuli*).

E, diante do *decisum*, no RE 643.247/SP (repercussão geral – tema 16), entendemos existente o interesse de agir na ação de devolução de pagamento indevido perante as Fazendas Públicas Municipais e Estaduais. Configurada assim, na linha da jurisprudência do STF e STJ, a possibilidade jurídica do pedido de inexistência de relação jurídico-tributária cumulado com pleito de repetição de indébito pelo recolhimento de tributo tido por inconstitucional, acrescentando-se ao crédito os juros moratórios, a partir do trânsito em julgado da decisão judicial, e a devida correção monetária, a partir do pagamento indevido.

Referências

BRASIL. *Constituição da República, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____ . *Lei nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000*. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10165.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____ . *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____ . *Lei nº 5.172/1966, de 25 de outubro de 1966*. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____ . Supremo Tribunal Federal. *Enunciados das súmulas da jurisprudência dominante e precedentes*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____ . Superior Tribunal de Justiça. *Enunciados das súmulas da jurisprudência dominante e precedentes*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Revista do TRF3 - Ano XIX - n. 138 - Jul./Set. 2018

A relação de causalidade no Direito e na natureza: breve estudo sobre a legitimidade da imputação do resultado danoso



Tiago Bitencourt De David

Juiz Federal Substituto – Terceira Região. Mestre em Direito (PUCRS). Especialista em Direito Processual Civil (UNIRITTER). Pós-graduado em Direito Civil pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM, Toledo/Espanha). Bacharel em Filosofia (UNISUL).

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo uma análise a respeito do modo pelo qual o Direito trata as relações de causa e efeito, contrapondo-se, desse modo, as noções de causalidade física e causalidade jurídica. Assim, diferenciando-se as espécies de causalidade, permite-se uma melhor compreensão acerca da imputação de um resultado danoso, mesmo quando naturalisticamente não haja uma correlação causal.

PALAVRAS-CHAVE: Causalidade física. Causalidade jurídica. Imputação. Legitimidade.

SUMÁRIO: 1. Causalidades física/natural e jurídica: distinção e comparação. 2. O problema do afastamento da causalidade jurídica da causalidade física: (i)legitimidade. Referências.

1. Causalidades física/natural e jurídica: distinção e comparação.

Um tema muito interessante e que não é frequentemente abordado consiste na diferença entre as causalidades física e jurídica. Aliás, a discussão principia pela afirmação ou negação de uma causalidade jurídica, indagando-se a respeito do caráter físico/natural da própria relação de causalidade.

É perfeitamente possível vislumbrar a causalidade como uma questão não jurídica, quando o Direito apenas recepcionaria um dado da realidade sensível. Herbert Hart e Tony Honoré, dentre outros, seguem esse caminho ao aduzir que esta mistura é indesejável, pois enquanto a finalidade envolve questões de Direito, a causalidade apresenta problemas de facto.[1] No Brasil, Arnoldo Wald e Brunno Giancoli igualmente asseveram "o conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais".[2]

O problema, entretanto, é que, mesmo admitida que a relação causa-efeito esteja na realidade sensível e ocorra enquanto fato bruto, aplicando-se as leis da mecânica newtoniana, de algum modo deve ocorrer seu recorte para ingresso no plano jurídico. E, no ponto, tal corrente doutrinária começa a enfrentar dificuldades, independentemente de, como será demonstrado, oferecer considerações interessantes.

Reconhecida a causalidade como um fenômeno natural, então a norma jurídica opera um recorte posterior, colhendo da realidade determinada relação de caráter factual. E o modo de assimilação dos fatos é variável dentro do ordenamento jurídico, bastando cotejar, por exemplo, no caso brasileiro, o artigo 403 do Código Civil, que dispõe sobre a indenizabilidade do efeito "direto e imediato", e o Código Penal o qual adota a teoria da equivalência dos antecedentes causais como regra (art. 13, *caput*) e a causalidade adequada como exceção (art. 13, § 1º). Assim, o Direito acaba por dizer, em diversas oportunidades, o que é causa, definindo seus termos, adotando ou não determinada teoria (da *conditio sine qua non*, da causalidade adequada, etc.).

Do ponto de vista físico, a causalidade sequer existe em tantos outros casos, bastando pensar na responsabilidade por omissão, na responsabilidade indireta (por exemplo, fato da coisa). Isso apenas para ilustrar a dificuldade da adoção de uma concepção exclusivamente naturalística de causalidade, sem prejuízo de tantas outras decorrentes da diversidade de modos de acolhida jurídica das relações de causa e efeito no mundo.

Por outro lado, a teoria que reduz a causalidade à questão de natureza naturalística apresenta certas vantagens, explicando melhor hipóteses de responsabilidade nas quais não haveria causalidade física, simplesmente negando a existência da mesma ao caso e afirmando que a responsabilidade decorre de uma imputação apenas normativa. A concepção sob exame simplesmente descarta a relação causal para algumas situações de indenizabilidade,[3] afirmando que o Direito atribui a alguém o dever de indenizar por determinado fato. Ocorreria, assim, uma pura e simples imputação de dever de indenizar pelo Direito, assumindo-se abertamente que entre o dano e a atuação do responsável pela indenização não há relação causal alguma.

Parece-me que a tese explica melhor casos como o da responsabilidade do transportador por ato causado por terceiro, no qual é realmente complicado enxergar relação causal entre o dano e a conduta do transpor-

1 No original: "this amalgamation is undesirable, because the scope issues raise questions of law, and the causal issues questions of fact". (HART, Herbert L. A.; HONORÉ, Tony. *Causation in the law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press/Oxford University Press, 2002, p. LII.)

2 WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito civil*: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 107.

3 HART, Herbert L. A.; HONORÉ, Tony. *Causation in the law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press/Oxford University Press, 2002, p. xxxv.

tador dada a indubitável influência causal de terceiro, este sim causador do evento danoso.

No mesmo sentido, a responsabilidade do adquirente de área previamente por outrem degradada implica na imputação de dever indenizatório sem relação causal fáctica,[4] estendendo-se gravame a outrem que sucedeu o causador original na sequência proprietária sobre a coisa em descompasso com a ordem jurídico-ambiental a qual deve ser restaurada. Assim, existe responsabilidade civil do novo titular do imóvel, devendo ser recomposto ou compensado o dano ambiental causado no passado e ainda existente, mas de modo a equacionar a relação propriedade-fauna-flora nos moldes da normatização ambiental atual, impondo-se o pagamento de indenização exclusivamente na parte de inviável reparação *in natura*.

Outra contribuição interessante dos defensores de tal concepção[5] consiste no apontamento de que em determinados casos a relação causal não se dá entre uma conduta humana e um dano, mas entre o fato da natureza em si e o dano. Esta proposição, assaz estranha aos olhos da *civil law*, explica a relação entre o desbarrancamento de pedras de uma encosta sobre uma rodovia e a lesão a usuários da estrada que por ali estejam passando no momento do infortúnio, sendo o surgimento do dever de indenizar uma consequência da imputação pelo Direito da responsabilidade ao proprietário do imóvel, sem que se possa estabelecer uma relação causal entre o mesmo e o dano.

São indagações relevantes, mas que destoam da tradição jurídica romano-germânica – apegada à responsabilidade como consequência do descumprimento de um dever[6] –, impondo a dispensa do pressuposto do nexo de causalidade. Uma dificuldade decorrente de tal orientação é a necessidade de aceitação de uma noção de imputação de danos pouco desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência fora da *common law*.

Infelizmente, as vozes que começam a sustentar na responsabilidade civil ambiental a desnecessidade do nexo de causalidade não enfatizam, por outro lado, a especial responsabilidade decorrente do extraordinário regime jurídico-aplicável, revelando que a acolhida das lições alienígenas de Hart e Honoré, apesar de possível, depende de uma mudança de cultura profunda, exigindo-se uma clara e fundamentada imputação jurídica do gravoso dever de reparar/compensar.

Em contrapartida, é razoável aludir a uma causalidade jurídica paralelamente a uma causalidade natural. Admitir a diferença já implica na recusa da causalidade enquanto fenômeno exclusivamente natural simplesmente transposto ao mundo do Direito e, ainda, na assunção de que existe uma causalidade jurídica e esta se reveste de caráter normativo-valorativo,[7] mesmo que o uso da expressão causalidade seja uma analogia ao

4 Nesse sentido, embora sem enfatizar a necessidade da imputação: STJ, Segunda Turma, Recurso Especial 1.056.540/GO, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 25/08/2009, DJe 14/09/2009; LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo. *Dano ambiental*: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 346 e 347.

5 HART, Herbert L. A.; HONORÉ, Tony. *Causation in the law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press/Oxford University Press, 2002, p. 86.

6 O que explica inclusive nossa dificuldade de admitir maior número de casos de responsabilidade por ato lícito. Sobre o tema, veja-se o excelente livro de Daniel Ustárroz (*Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas, 2014). Anote-se, ainda, a possibilidade de alguns casos serem de sacrifício exigível e indenizável, não se podendo vislumbrar verdadeira responsabilidade civil por ato lícito, como bem aponta Rafael Maffini (*Elementos de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 259).

7 VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 33 e 34; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 55. Ainda, Gisele Sampaio da Cruz (*O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 8 e 9), bem aduzindo que os contornos do nexo de causalidade advêm mais da escolha de caráter político-filosófico que das evidências lógico-racionais. Assim, o nexo causal juridicamente relevante não decorre de uma constatação, mas de uma deliberação acerca da definição do raio de abrangência da responsabilidade humana.

ocorrido na realidade sensível.[8]

Normalmente, os operadores do Direito limitam-se a enunciar as teorias definidoras do conceito de nexo causal no âmbito jurídico e os filósofos buscam delimitar a causalidade natural, sem adentrar no problema da causalidade normativa. Desse modo, não se tem o hábito de cotejar e diferenciar as concepções causais, negligenciando-se um imbricamento fértil para ambos saberes, especialmente tendo em vista que, a partir da comparação, outras questões emergem de forma profícua, perdendo-se a oportunidade de estabelecer-se um diálogo produtivo, hábil a ensejar novas provocações e críticas. Por exemplo, uma das questões derivada da distinção entre as causalidades é a (re)compreensão do lugar da culpa, do risco e da responsabilidade objetiva na responsabilidade civil, inclusive averiguando-se a justaposição de elementos da culpa e da causalidade.

Observo que se revela necessário e perfeitamente possível distinguir entre a causalidade física e a causalidade jurídica. A relação causal ocorre no âmbito da realidade sensível enquanto fenômeno do *ser*, do que efetivamente é, sem que o liame seja estabelecido pelo homem, o qual se limita a reconhecer uma constante existente na natureza. Na natureza, a causa precede determinado efeito decorrente da mesma, sendo a compreensão humana mera percepção do fenômeno. Já a causalidade jurídica emerge de um juízo humano que não apenas capta um acontecimento, mas o valora dentro dos ditames de determinado sistema jurídico.

No Direito, há a captação de um fato e a atribuição da ligação juridicamente relevante. Assim, constatado o acontecimento, imputa-se a consequência jurídica, operando-se a compreensão não apenas sobre o que é, mas sobre o que *deve ser*.[9] Na responsabilidade civil, o nexo de causalidade desempenha tríplice função: designa *quem* deve indenizar, *o quê* deve ser indenizado e *quem* deve ser indenizado.[10] Na esfera criminal, prescreve *quem* deve ser punido e pelo *quê*, sendo que este último esgota-se juridicamente no próprio ato nos crimes formais e de mera conduta, inexistindo uma repercussão externa a título de resultado, mas exigindo-se, pelo menos, que da conduta decorra, abstratamente,[11] um perigo a bem jurídico relevante.

Como o Direito opera com base no lícito/ilícito, sendo a veracidade/falsidade importante enquanto apreensão da realidade, mas não a clave inerente do que é jurídico, a aferição do que *é* consiste em apenas parte do dizer o que *deve ser*. Daí a causalidade jurídica implicar na aferição de alguma ocorrência fenomênica no plano do ser para estabelecer liame em dimensão diversa, a do *dever-ser*, imputando-se responsabilidade jurídica a alguém por algum evento.

A própria pesquisa sobre o que é já revela determinada tomada de posição sobre o que deve ser, pois a intrínseca deliberação sobre aspectos fáticos relevantes mostra a visão do esquema normativo que se tem em mente, bem como a descoberta dos fatos e a reflexão sobre os mesmos, por sua vez, faz com que o intérprete examine o ordenamento jurídico com outros olhos, perfazendo, assim, o círculo hermenêutico *gadameriano*.[12]

8 Distinguindo causalidade e imputação: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 86.

9 Nesse sentido: VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 33 e 34.

10 Aproximadamente, sem atribuir ao nexo de causalidade a identificação da pessoa a ser indenizada, enfocando causador e dano, irrogando assim dupla função: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22.

11 É notória a polêmica sobre a (i)legitimidade da criminalização dos crimes de perigo abstrato, sendo que me parece penalmente relevante a conduta quando haja, no caso concreto, a manifestação de um perigo minimamente preocupante, sob pena de ofensa à intervenção minimamente necessária reservada ao Direito Criminal. Portanto, a tipificação do crime de perigo abstrato não se revela inconstitucional por si só, mas a efetiva punição depende da aferição e confirmação casuística de algum perigo real.

12 Note-se que o movimento circular não é um método, mas a estrutura própria do compreender (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma

A causalidade natural é concebida à luz da relação factual entre causa e efeito no plano da realidade sensível, já a causalidade jurídica consiste no reconhecimento de liame causal para fins de aplicação do Direito, imputando-se[13] juridicamente correlação entre um fato e outro. Enquanto a causalidade física implica em uma relação entre um fato positivo (um acontecimento) e seu efeito necessário, a causalidade jurídica importa na imputação[14]



de um resultado necessário ou contingente decorrente tanto de uma ação quanto de uma omissão. Conceitualmente diferentes e operando em dimensões diversas da realidade, inúmeros são os exemplos no quais uma não coincide com a outra.

Veja-se que nos crimes omissivos existe uma causalidade jurídica sem que haja uma causalidade física, pois de um não agir nada decorre factualmente, mas ainda assim impõe-se a responsabilidade criminal pela inocorrência da ação devida. A responsabilidade pela ocorrência de determinado resultado é cominada pelo sistema jurídico mesmo sem uma ligação causal física entre o descumprimento do dever de agir e o efeito negativo que se pretendia evitar, ostentando a ligação mental entre inação e lesão a bem jurídico um caráter apenas normativo.

Eis o primeiro exemplo de diferença entre as causalidades natural e jurídica.

hermenêutica filosófica. 10. ed. Tradução de Paulo Flávio Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 388 e 389). E a compreensão depende, substancialmente, da vontade de conhecer, o que distingue o filósofo e o sofista; eis o cerne do magistral diálogo *Górgias* de Platão.

13 A causalidade em si é fenômeno empírico relativo ao plano da realidade sensível, de modo que juridicamente ocorre a imputação da responsabilidade por outro fato, nessa conformidade o quadro normativo juridiciza certa dimensão da realidade, atribuindo efeitos jurídicos. Observo que o uso do verbo imputar é utilizado de forma mais ampla, identificando o liame entre a ocorrência da situação prevista no suporte fáctico e o advento da respectiva consequência jurídica, ou seja, usa-se a noção de imputação não apenas para ligar uma causa e um efeito com a finalidade de responsabilização civil ou criminal, mas para relacionar todo fato jurídico a um efeito jurídico (por exemplo, completados 16 anos, surge a faculdade jurídica de votar; ao fazer 18 anos, emerge o dever de votar), constituindo-se a fórmula do dever-ser (se... então...). Por isso, causalidade física ou natural consiste na relação factual entre causa e efeito na realidade sensível; imputação é a correlação entre todo fato jurídico e sua consequência jurídica; ao passo que causalidade jurídica é a relação juridicamente estabelecida entre um fato e outro, o primeiro enquanto causa, o segundo como consequência.

14 Diversamente, mas com os mesmos resultados práticos da concepção por mim adotada: "Nexo causal e nexo de imputação são pressupostos distintos da responsabilidade civil, mas frequentemente confundidos. O nexo causal é o vínculo etiológico que explica que um determinado fato ou ato humano provocou dano a alguém. O nexo de imputação é a razão jurídica que indicará o responsável pela obrigação de reparar o dano." (PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2016, p. 186). Isso porque entendo que a definição do nexo de causalidade é altamente valorativa e a culpa ou o risco influenciam diretamente no âmbito de resultados esperados de uma conduta/atividade. A diferença é que Pasqualotto defende a distinção de nexo causal e nexo de imputação como dois filtros, enquanto considero que o critério de imputação (culpa ou risco) reconhecido por ele está embutido na causalidade juridicamente relevante. De certa forma, a concepção de Pasqualotto adota implicitamente a premissa de que o nexo causal jurídico é colhido do nexo causal naturalístico, como um recorte. Entretanto, repetindo o supramencionado, o resultado acaba sendo o mesmo, apesar de percorridos caminhos diferentes.

Nos diversos casos de responsabilidade civil indireta (por exemplo, por fato da coisa ou de terceiro) não há uma ação do responsável da qual pudesse resultar o dano. O dano causado pelo filho pequeno ou por um bicho de estimação são imputáveis aos pais ou proprietário sem que nenhum deles tenha realizado qualquer ação no mundo da qual pudesse emergir o dano, tendo o infortúnio decorrido, na verdade, de movimento próprio e autônomo de outra pessoa ou animal. Mais uma vez, a ligação entre responsável e dano reveste-se de caráter normativo, não irrompendo da realidade sensível como uma consequência de determinada conduta.

Aprofundando a questão, note-se que duas pessoas, uma ao lado da outra, podem estar submetidas a dois regimes jurídicos completamente diferentes. Pense-se em dois homens adultos, conversando distraidamente, em uma festa de aniversário infantil. Uma criança, filha de um dos adultos, empurra outra criança, machucando-a. A inação do pai do travesso rebento é qualificada juridicamente de forma completamente diferente daquela ausência de prevenção do outro adulto, imputando-se o resultado ao genitor, mas não ao outro.

Outro aspecto relevante e bem apontado por Ana Paula Cazarini Ribas de Oliveira[15] é o de que, dentro da esfera de cognição sobre excludentes de causalidade, existe um juízo de culpa. Por exemplo, a análise da culpa exclusiva da vítima implica em um confronto entre a conduta de cada um dos envolvidos e na aferição do cuidado com que cada um atuou. Assim, a reprovabilidade/censurabilidade está presente e acaba definindo a atribuição de qual a conduta-causa que ensejou o dano. Em um acidente de trânsito, em uma briga e em tantas outras situações diante das quais alguém vem a exigir indenização e a defesa apoia-se na culpa exclusiva da vítima, nada mais se debate senão a adequação da conduta de cada um à luz do padrão de cuidado esperado, entendendo-se que o violador do *standard* causou o fato danoso, imbricando-se claramente culpa e nexo causal.

Assim, enquanto a causalidade física decorre da constatação empírica entre causa e efeito, inferindo-se, por exemplo, do fogo, o calor,[16] a causalidade jurídica decorre de um recorte da realidade à luz das normas aplicáveis, sendo determinado evento qualificado pelo Direito como causa de outro fato, ao qual se atribui o significado jurídico de dano.

2. O problema do afastamento da causalidade jurídica da causalidade física: (i)legitimidade.

Não pode o legislador, arbitrariamente, estabelecer uma causalidade jurídica entre fatos desprovidos de ligação factual entre si, como se o normativo não designasse prescrições para um mundo real com funcionamento *sui generis*.

O Direito, enquanto fenômeno tridimensional (fato-valor-norma), não chancela solução jurídica extravagante em face da realidade sensível, tal como aquela consistente na atribuição da condição de causador não apenas a quem tenha efetivamente concorrido para o resultado, mas também àquele "em condições de contribuir para o resultado"[17] ou até mesmo àquele desinteressado, que não se importa com o

15 OLIVEIRA, Ana Paula Cazarini Ribas. A "culpa" e a evolução da responsabilidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 88, abr./2018, p. 81-95.

16 O clássico exemplo foi utilizado por David Hume (*Tratado da natureza humana*: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução de Débora Danowski. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009, p. 116) e, posteriormente, por Hans Kelsen (*Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 85).

17 Em sentido oposto, afirmando a condição de poluidor no caso: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo. *Dano ambiental*: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 342.

dano,[18] como se somente não o fosse quem lutasse contra, exigindo-se heroísmo além das possibilidades humanas.

Dentro da clave jurídica, a atribuição de ligação jurídico-causal a fatos estranhos entre si acaba, por sua vez, por revelar-se desarrazoada e desproporcional, sendo medida rechaçada pelo próprio sistema jurídico a expulsar, via controle de constitucionalidade, a excêntrica imputação.

Assim, tem-se que as causalidades física e jurídica não coincidem e tal distinção é justificada, mas quanto maior o distanciamento da causalidade atribuída pelo Direito daquela esperada no plano factual, maior o ônus argumentativo para justificar tal medida, sob pena de invalidade da mesma por ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A responsabilidade imputada de forma inadequada ou desnecessária, revela-se arbitrária, caprichosa ou irracional, não merece a chancela jurídica, violando a um só tempo o Estado de Direito, a segurança jurídica, a propriedade, o devido processo e a legalidade em sua dimensão substancial, bem como os já mencionados ditames da proporcionalidade e da razoabilidade.

Daí a dificuldade enorme de justificar-se a responsabilização em muitos casos que têm sido objeto de acesa polêmica e dissídio jurisprudencial, dentre os quais cabe destacar:

a) responsabilidade civil do transportador pelos danos sofridos pelos passageiros em acidente ocasionado por terceiro;[19]

b) responsabilidade civil do transportador por assalto dentro do veículo;[20]

c) responsabilidade civil de instituição financeira por golpe aplicado contra correntista quando do saque em caixa eletrônico;[21]

d) responsabilidade civil bancária por roubo ocorrido na saída de estabelecimento após saque de valores;[22]

e) responsabilidade da instituição financeira pela morte de cliente assaltado enquanto utilizava o caixa eletrônico;[23]

f) responsabilidade civil ambiental do adquirente de imóvel por danos ambientais decorrente de conduta do proprietário anterior;[24]

18 Reconhecendo o *status* de causador no caso: STJ, Segunda Turma, Recurso Especial 650.728/SC, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 23/10/2007, DJe 01/12/2009.

19 No sentido de que haveria responsabilidade do transportador no caso de acidente provocado culposamente por terceiro, mas não naquele decorrente de conduta dolosa: VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 54. Afastando a responsabilidade em face de ato doloso de terceiro: STJ, Quarta Turma, Recurso Especial 204.826/RJ, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 03/12/2002, DJ 19/05/2003. Admitindo a responsabilidade do transportador por acidente de trânsito, veja-se a Súmula nº 187 do STF e sua reafirmação jurisprudencial, por exemplo, quando do julgamento do STJ, Terceira Turma, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 833.355/CE, Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 17/03/2016, DJe 04/04/2016.
Louis Josserand (A evolução da responsabilidade civil. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*, abril, 1941, p. 557 e 558) bem aponta que a responsabilidade do transportador foi afirmada mediante a incorporação do risco ao conteúdo do contrato de transporte, tratando-se a obrigação como de resultado, garantindo-se, assim, a indenizabilidade de danos que, na órbita da responsabilidade civil extracontratual, dificilmente o seriam. Josserand aponta que a (r)evolução da responsabilidade civil não se deu apenas no advento e fortalecimento do risco sobre a culpa, mas também da responsabilidade contratual em detrimento da extracontratual.

20 No sentido da ausência de dever de indenizar é tradicional o entendimento do STJ (exemplificado, dentre outros, pelo julgamento da Quarta Turma, Recurso Especial 331.801/RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 05/10/2004, DJ 22/11/2004), mas ainda há nas Cortes Estaduais certa variação jurisprudencial a respeito.

21 Os tribunais locais vêm reconhecendo a responsabilidade civil e o STJ não tem conhecido dos Recursos Especiais por se tratar de pedido de reapreciação de questão de fato.

22 Negando a indenização: STJ, Terceira Turma, Recurso Especial 1.284.962/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 11/12/2012, DJe 01/02/2013.

23 A polêmica questão foi objeto de julgamento não unânime pelo STJ, Quarta Turma, ao apreciar o Recurso Especial 488.310/RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, j. 28/10/2003, DJ 22/03/2004.

24 Hoje é pacifica a responsabilidade civil do adquirente enquanto obrigação *propter rem*. Nesse sentido já vinha decidindo o STJ, por exemplo, no Recurso Especial 1.056.540/GO, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 25/08/2009, DJe 11/09/2009. O artigo 2º, § 2º, do Novo Código Florestal assentou a responsabilidade do adquirente: "As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural".

g) responsabilidade civil e administrativa do proprietário de carga por danos ambientais consequentes de acidente durante o transporte marítimo;[25]

h) responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento.[26]

Tais exemplos emanam de um considerável alargamento da ideia de nexo causal para contemplar determinados infortúnios, inclusive resultantes de ações dolosas ou culposas de terceiros, dentro não apenas da esfera de previsibilidade do responsável, mas também enquanto fatos ligados aos riscos das atividades desenvolvidas.[27] Entretanto, quanto maior o descolamento da causalidade factual, mais gravoso o dever de argumentar acerca da gravidade do dano a ser indenizado, da imprescindibilidade da atribuição do resultado ao exercício de determinado empreendimento e da ausência de meios alternativos de prevenção/reparação do evento lesivo.

Veja-se, ainda, que a ampliação desmedida do âmbito de responsabilidade parece partir da falsa premissa segundo a qual todo dano deve ser indenizado (ilusão infantil de que sempre há um culpado para pagar a conta) e os agentes econômicos empreendedores devem segurar-se contra todo e qualquer risco, como se existisse um contrato de seguro com cobertura universal.

Outro perigo decorrente do aumento exagerado da responsabilização é o incentivo indireto para a própria vítima reduzir o cuidado consigo.

Oportunamente, desenvolvimento teórico recente sinaliza um amadurecimento consistente no estabelecimento do dever/ônus[28] de mitigar seu próprio dano,[29] vez que não pode ser admitida a absurda situação da pessoa aumentar seu dano para dele extrair vantagem pecuniária futura.

De igual modo, a previsão do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil veio em boa hora, permitindo que a indenização seja modulada em conformidade com as circunstâncias do caso concreto, dentre as quais penso que estão, ao lado da culpa, a contribuição causal e outros aspectos da realidade reveladores do descompasso entre o desvalor da falta e a envergadura do prejuízo.

25 Veja-se o julgamento pelo STJ, Segunda Turma, do Recurso Especial 1.401.500/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 16/08/2016, DJe 12/09/2016 , bem como do TJ/PR, Décima Câmara de Direito Cível, da Apelação Cível 756041-4, Relator Desembargador Arquelou Araújo Ribas, j. 07/07/2011, DJ 29/07/2011,e o artigo 25, § 1º, VI, Lei nº 9.966/2000.

26 Aqui se inserem, grosso modo, as conhecidas controvérsias sobre o tabagismo e a responsabilidade das fabricantes de cigarros, bem como dos riscos do uso de medicamentos que eram desconhecidos quando da inserção dos mesmos no mercado de consumo, tornando-se notório o caso da "Talidomida". Quanto ao cigarro, a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido da ausência de responsabilidade da indústria tabagista (por exemplo, Quarta Turma, Recurso Especial 1.113.804/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010, DJe 23/06/2010). A respeito da Talidomida, o governo federal garantia pensão vitalícia por meio da Lei nº 7.070/1982 e, mais recentemente, indenização por dano moral mediante a edição da Lei nº 12.190/2010, mas a responsabilidade civil da União é mais complexa do que a assunção de um risco pelo desenvolvimento, vez que se imputa também à União uma demora para agir diante da superveniência do conhecimento do risco. Portanto, o caso da "Talidomida" é, em parte, um problema de risco do desenvolvimento e, de outra parte, uma acusação de relativa inércia do Estado ao exercer seu poder-dever de polícia perante um risco que passou a ser conhecido.

27 Aqui surgem outras controvérsias, pois pode advogar-se a inclusão do dano como desdobramento de determinada conduta/atividade, como decorrência de um risco criado, como um risco proveito ou outros, variando a solução adotada conforme o fundamento para a imputação do resultado danoso.

28 Judith Martins-Costa enfrenta exaustivamente a questão relativa ao caráter de dever ou de ônus, concluindo pela inexistência de perfeita adequação em um ou outro (*A boa-fé no direito privado*: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 554-557).

29 Hoje o tema é mais conhecido, inclusive encontrando acolhida no STJ, mas cabe registrar a importância da professora Vera Maria Jacob de Fradera para o início do debate no Brasil. Na mesma linha, Antonio Jeová dos Santos (*Dano moral indenizável*. 6. ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 87-89) denuncia a "vitimização" revelada pela satisfação de ver-se ofendido para auferir ganho fácil e indevido. Esse fenômeno sociológico bem apontado pelo doutrinador pode, a nosso sentir, decorrer de três diferentes modos de agir, a saber: a) uma hipervalorização de um dissabor, b) omissão da minimização dos danos, c) até mesmo da adoção de uma odiosa atitude ativa no sentido do aumento dos danos para fins de elevação da indenização a ser recebida futuramente (por exemplo, pessoa cujo nome foi inscrito em cadastro restritivo de crédito vai a diversos estabelecimento e "tenta" fazer várias compras a prazo, mas, obviamente, "não consegue").

Referências

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, J. *O estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUPIS, Adriano de. *Il danno*: teoria generale della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1954.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de direito administrativo*. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II.

FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. *In*: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170-197.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10. ed. Tradução de Paulo Flávio Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2008.

HART, Herbert L. A.; HONORÉ, Tony. *Causation in the law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press/Oxford University Press, 2002.

HUME, David. *Tratado da natureza humana*: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução de Débora Danowski. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009.

JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*, p. 548-559, abr. 1941.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo. *Dano ambiental*: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAFFINI, Rafael. *Elementos de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

OLIVEIRA, Ana Paula Cazarini Ribas. A "culpa" e a evolução da responsabilidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 88, p. 81-95, abr./2018.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007.

PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 186-206, abr./jun. 2016.

PLATÃO. *Diálogos II*: Górgias (ou da Retórica), Eutidemo (ou da disputa), Hípias maior (ou do belo), Hípias menor (ou do falso). Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

RADÉ, Christophe. L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile. *Recueil Dalloz*, p. 301, 1998.

SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano moral indenizável*. 6. ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2016. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.

USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito civil*: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL
0035431-32.1988.4.03.6100 (92.03.017269-6)

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

DECISÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É a síntese do necessário.

DECIDO.

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

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

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

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

Da preliminar de nulidade por sentença "extra petita"

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

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

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

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

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

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

Rejeito, portanto, esta preliminar.

DO MÉRITO

Da prescrição

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> Súmula n. 85/STJ - Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação.
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. (...). POLICIAL MILITAR. (...). PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ.
> 1. (...).
> 3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, inexistindo manifestação expressa da Administração Pública negando o direito reclamado, não ocorre a prescrição do fundo de direito, mas tão somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu à propositura da ação, ficando caracterizada relação de trato sucessivo (Súmula 85 do STJ). Precedentes: AgInt no AREsp 934.784/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/4/2017; AgInt no AREsp 932.427/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 7/12/2016; AgRg no AgRg no AREsp 602.228/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/10/2015; AgRg no AREsp 714.128/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 21/8/2015.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (STJ, 1ª Turma, AgReg no AgReg no Ag no REsp 713.348, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 15/8/2017)
>
> ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO MORTO EM SERVIÇO. PENSÃO MILITAR. ART. 7º, II, LEI Nº 3.765/60. TRATO SUCESSIVO. (...).
> 1 - A relação em comento é de trato sucessivo, que se renova no tempo, o que enseja não só a incidência da prescrição apenas quanto às parcelas anteriores ao prazo prescricional de cinco anos, a contar do ajuizamento da demanda, mas também o afastamento, desde logo, da prescrição de fundo de direito. Os vencimentos, proventos e pensões, tanto de natureza previdenciária quanto estatutária, caracterizam-se por serem irrenunciáveis e imprescritíveis, podendo ser requeridos a qualquer tempo. Trata-se de entendimento consagrado pela Súmula 85 do STJ.
> 2 - (...).
> (TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApelReex 2.032.783, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 23/8/2016)
>
> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE DE EX-COMBATENTE. (...).
> I - Sendo de trato sucessivo a relação posta nestes autos, não há prescrição do fundo de direito, mas tão-somente das parcelas anteriores ao prazo prescricional de cinco anos, contado da propositura da demanda, tendo em vista que os vencimentos, proventos e pensões, tanto de natureza previdenciária quanto estatutária, caracterizam-se por serem irrenunciáveis e imprescritíveis, podendo ser requerido a qualquer tempo.
> II - (...).
> (TRF 3ª Região, 2ª Turma, Ac 1.298.987, Rel. Des. Fed. Cecilia Mello, j. 03/6/2008)

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

Do requisito de dependência - filiação

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

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

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

> ADMINISTRATIVO. (...). PENSÃO POR MORTE INSTITUÍDA POR SERVIDOR PÚBLICO. ART. 217, II, d DA LEI 8.112/90. (...). PRÉVIA DESIGNAÇÃO DE DEPENDENTES. FORMALIDADE QUE PODE SER SUPRIDA POR OUTROS MEIOS IDÔNEOS. PRECEDENTES DO STJ. (...).
> 1. (...).
> 2. Nos termos do art. 217, II, d da Lei 8.112/90, é beneficiário da pensão por morte a pessoa designada que viva na dependência econômica do Servidor, até 21 anos.
> 3. A designação representa, tão-somente, o aperfeiçoamento de um ato de vontade, trata-se de uma formalidade que visa facilitar e abreviar os trâmites burocráticos para o pagamento da pensão por morte, não podendo ser encarada como condição determinante, sob pena de perpetrar injustiças insuperáveis em relação àqueles que por desatenção, desídia ou mesmo ignorância deixam de formalizar nos assentamentos funcionais o registro dos dependentes.
> 4. A jurisprudência desta Corte firmou a orientação de que a ausência de ato formal de designação pode ser suprida por outros meios idôneos capazes de demonstrar o desejo do Servidor de instituir dependente como beneficiário da pensão.
> 5. Preenchidos os requisitos do art. 217, II, d da Lei 8.112/90, uma vez devidamente comprovada a menoridade e a dependência econômica, é de rigor o restabelecimento da pensão por morte instituída pelo Servidor Público falecido em proveito dos netos, que anteriormente eram mantidos pelo avô por meio de pensão alimentícia.
> 6. (...).
> (STJ, 1ª Turma, AgReg no REsp 1.362.822, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 09/4/2013)

> (...). ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. PESSOA SOB DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DO SERVIDOR (...). FILHO INVÁLIDO. (...). COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA. DESIGNAÇÃO POR PARTE DA INSTITUIDORA. DESNECESSIDADE. (...).
> 1. (...).
> 5. Não há que se falar na necessidade designação da apelada, por parte de sua mãe, como beneficiária da pensão, na hipótese do caso concreto, eis que o próprio texto legal define os filhos inválidos como beneficiários da pensão por morte.
> 6. (...).
> (TRF 3ª Região, 1ª Turma, AC 1.945.746, Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira, j. 21/6/2016)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> Art. 347. A filiação legítima prova-se pela certidão do termo do nascimento, inscrito no registro civil. (Revogado pela Lei nº 8.560, de 1992).
> Art. 348 - Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registo de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registo (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 5.860, de 1943).
> Art. 349. Na falta, ou defeito do termo de nascimentos poderá provar-se a filiação legítima, por qualquer modo admissível em direito:
> I - Quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjuntas ou separadamente.
> II - Quando existem veementes presunções resultantes de fato já certos.
> Art. 350. A ação de prova da filiação legítima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor, ou incapaz.
> Art. 351. Se a ação tiver sido iniciada pelo filho, poderão continua-la os herdeiros, salvos se o autor desistiu, ou a instância foi perenta.
> CAPÍTULO III
> DA LEGITIMAÇÃO
> Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos.
> Art. 353. A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho (art. 229).

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

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

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

E nesse exato sentido colaciono aos autos a seguinte jurisprudência:

> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHA SOLTEIRA E MENOR DE SERVIDOR PÚBLICO FALECIDO. AÇÃO NA JUSTIÇA COMUM PENDENTE. APELAÇÃO PROVIDA.
> I - Nos termos do art. 1.603 do Código Civil: "a filiação prova-se pela certidão, do termo de

nascimento registrada no Registro Civil".
II - Da análise dos autos, verifica-se que *foi apresentada certidão de nascimento onde consta o falecido segurado como genitor* de Cristiane Costa de Lima. Contudo, *há ação em curso* na Justiça Comum Estadual *que pretende desconstituir a paternidade assegurada na referida certidão.*
III. Tal ação, porém, não transitou em julgado, sendo aguardado ainda o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.
IV - Apelação provida, para que a decisão do Juízo *a quo* seja anulada e o processo suspenso.
(STJ, decisão monocrática que manteve o aresto acima ementado, anulando a sentença proferida na pendência de ação desconstitutiva de paternidade, ajuizada na Justiça comum, REsp 1.373.752, Rel. Min. Sérgio Kukina, integrante da 1ª Turma, j. 05/11/2015 - destaquei)

(...) - FILIAÇÃO CONTESTADA PELOS IRMÃOS - REGISTRO DE NASCIMENTO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE PELOS CO-HERDEIROS - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA FUNDADA EM ERRO OU FRAUDE (ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL) - (...).
Trata-se de medida cautelar inominada, proposta com o intuito de se determinar a indisponibilidade dos bens imóveis objeto do inventário de Francisco Reinaldo de Moura, tendo em vista a omissão na indicação do autor, como herdeiro, nos autos do procedimento de arrolamento. Processo extinto, sem o julgamento do mérito, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa. Provimento mantido em sede de apelação.
1. (...).
2. Nos termos do artigo 1.603 do Código Civil, "*A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.*" Assim, *o estado de filiação se comprova por meio da certidão de nascimento devidamente registrada no Registro Civil*, a qual, na hipótese em tela, evidencia a legitimidade ativa do recorrente, enquanto herdeiro do pai registral, para o ajuizamento da ação anulatória de partilha, assim como da medida cautelar inominada - que visa à determinação de indisponibilidade dos bens imóveis.
2.1. *A simples divergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica não autoriza, por si só, a anulação do registro, o qual só poderia ser anulado, uma vez comprovado erro ou falsidade, em ação própria - destinada à desconstituição do registro.*
2.2. (...).
(STJ, 4ª Turma, REsp 1.128.539, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 18/8/2015 - destaquei)

(...). CERTIDÃO DE NASCIMENTO. FÉ PÚBLICA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. TESTE DE DNA. DESNECESSIDADE.
1. Agravo de Instrumento manejado contra a decisão que deferiu o pedido de *realização do exame de DNA, para que pudesse ser determinado o estado de filiação* da Autora/Agravante, relativamente ao de cujus, por ser prova imprescindível para a elucidação da questão.
2. *Há nos autos* fl. 61- *Certidão de Nascimento, emitida pelo Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais figurando como filha do já falecido* Joaquim Geraldo Mendes Rocha, *a menor* Ana Carolina Rangel Rocha, ora Agravante, sendo que o próprio genitor foi o declarante da paternidade.
3. *Desnecessária a produção da prova deferida no Juízo monocrático (realização do exame de DNA), uma vez que a referida Certidão de Nascimento é documento que usufrui de fé pública, caracterizado pela presunção juris tantum de veracidade, com informações prestadas pelo Oficial de Registro de Nascimento e Óbito, que guarda equidistância dos interesse privados das partes, podendo ser elidida, somente, por documento que substitua tal declaração, o que, no caso, não figura nos autos.* Agravo de Instrumento provido.
(STJ, decisão monocrática que manteve o aresto acima ementado, dispensando a realização

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

ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. EXPULSÃO. FILHA BRASILEIRA RESIDENTE NO PAÍS. (...).
1. (...).
2. Os documentos que instruem a presente demanda indicam que o paciente tem filha brasileira, nascida em 12.1.1999 (certidão de nascimento à fl. 24), constando dos autos declaração da genitora, afirmando veementemente a existência de vínculo afetivo e financeiro entre pai e filha. (...).
3. (...).
5. A União traz afirmação gravíssima, no sentido de que a genitora teria afirmado, no bojo do inquérito de expulsão, "que o nominado não é pai biológico da menor que alega ser sua filha, além de que declara também que firmou acordo com o nacional italiano, para que o mesmo registrasse a menor na qualidade de genitor, oferecendo em contrapartida determinada remuneração" (fls. 155 e 165).
6. (...).
7. *Ocorre que a afirmação da genitora no citado depoimento não tem o condão de afastar a presunção de veracidade em favor da certidão e do assentamento no registro público, que, ao que consta, jamais foi retificado ou infirmado em sentença judicial.*
8. Essa presunção afasta também a alegação de inviabilidade do writ por suposta necessidade de dilação probatória. *As provas podem ser necessárias em demanda distinta, cujo objeto seja eventualmente a retificação do assentamento.*
9. (...).
11. *Eventual retificação do assentamento ou reconhecimento judicial de que o paciente não é pai da criança* configuraria fato novo autorizador da expulsão, sem prejuízo da sanção penal eventualmente cabível, caso tipificada a fraude suscitada pelo MPF.
12. *Habeas Corpus* concedido.
(STJ, 1ª Seção, HC 228.030, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/6/2012 - destaquei)

(...). MILITAR. PENSÃO. FILIAÇÃO. COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE CERTIDÃO DE NASCIMENTO. ART. 52 DA LEI 6.015/73. INTELIGÊNCIA DO ART. 109 DA LEI COMENTADA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. FÉ PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO REGISTRO CIVIL. RECURSO IMPROVIDO.
I - (...).
II - Relativamente à insurgência da autora, seu inconformismo procede. Afirma ser filha do ex-combatente da Marinha Brasileira, João Santana, e de Sebastiana Rosa Santana; que em virtude da morte de seu pai, ela e suas irmãs pleitearam administrativamente o benefício de pensão por morte; que o benefício foi prontamente deferido para suas três irmãs, sendo-lhe indeferido por ausência de comprovação da condição de filha do militar falecido; que propôs judicialmente o reconhecimento de sua filiação, sendo indeferido seu pleito em virtude de já haver comprovação pela certidão de nascimento lavrada no registro civil, documento dotado de fé pública.
III - Ao julgar improcedente a ação, o Juízo de primeiro grau considerou a inexistência de declaração do falecido sobre a paternidade da autora, tendo em vista que a declaração no registro civil foi feita apenas por sua genitora. No entanto, não obstante a bem lançada fundamentação do Juízo, entende-se que os documentos apresentados pela autora são suficientes à comprovação de sua filiação.
IV - *A teor do artigo 52 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), são obrigados a fazer declaração de nascimento (2º item), "em falta ou impedimento do pai, a mãe, sendo neste*

caso o prazo para declaração prorrogado por quarenta e cinco dias."
V - *Compulsando os autos vê-se que a declaração de filiação foi feita pela mãe da autora, restando que a confirmação caberia ao pai no prazo que lhe assistia. Tendo em conta que não há no referido documento averbação em sentido negativo sobre a filiação paterna, o registro de nascimento apresentado é de ser aceito como verdadeiro.*
VI - *Por se tratar de documento emitido por quem possui fé pública em suas declarações (oficial do registro civil), a certidão do registro de nascimento da autora goza de presunção juris tantum, somente podendo ser desconstituída por erro ou falsidade que a torne nula. Inteligência do artigo 109 da lei comentada*. Nesse mesmo sentido são os julgados que portam a seguinte ementa: (AC 96.01.08192-5/MG, Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral, Primeira Turma do TRF 1ª Região, DJ de 18/01/2001 P.02); (TRF/1 - REO 199901000483356 - DJ 17/06/2004 - Rel. Juiz Fed. Conv. Carlos Simões - 2ª T SUPL); (TRF/2 - AG 200502010058053 - DJU 24/11/2004 - Rel. Des. Fed. Reis Friede - 7ª T Esp); (TRF/3 - AC 199903990932764 - DJU 13/08/2002 - Rel. Juiz Fed. Conv. Batista Gonçalves - 1ª Turma); e (TRF/5 - AG 200905000281195 - DJE 28/09/2009 - Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano - 3ª Turma). VII - Dessa forma, reconhece-se a filiação da autora em relação ao militar falecido, senhor João Santana, razão porque fica declarada nesta sede, afastada qualquer decisão em sentido contrário.
VIII - (...).
(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AC 1.723.315, Rel. Des. Fed. Cecilia Mello, j. 09/9/2014 - destaquei)

(...) - PENSÃO POR MORTE - (...) - CERTIDÃO DE NASCIMENTO - VALIDADE - (...).
I - (...).
VI - *A certidão de nascimento da requerente Luciene Pinto Ferreira é prova suficiente de sua filiação e dependência econômica em relação ao falecido, eis que goza de presunção de veracidade e fé pública, sendo que a lei prevê a hipótese da mãe ser a declarante (art. 52, item 2, da Lei nº 6.025/73).*
VII - (...).
(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AC 571.092, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, j. 30/3/2004 - destaquei)

(...). PENSÃO POR MORTE. CERTIDÃO DE NASCIMENTO. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM*. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. (...).
1- *A certidão de nascimento possui presunção juris tantum, e fé pública, sendo apta para a comprovação da paternidade da requerente.*
2- *A nulidade da certidão de nascimento, somente poderá ser declarada judicialmente.*
3- *É arbitrário e ausente de qualquer fundamentação legal o indeferimento administrativo da pensão por morte à autora, menor de idade, por parte do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, sob o argumento de impossibilidade do falecido segurado ser seu genitor.*
4- (...).
(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AC 767.657, Rel. Des. Fed. Roberto Haddad, j. 16/4/2002 - destaquei)

(...). FILIAÇÃO. CERTIDÃO DE NASCIMENTO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. FÉ PÚBLICA.
1. A lei de registros públicos no seu artigo 52, item 2, permite que a mãe seja a declarante do nascimento do filho, com o que gera presunção de veracidade, pela fé pública que porta o ato lavrado por oficial público.
2. Ademais, há nos autos indícios veementes que apontam os autores como filhos do "de cujus".
3. A Constituição Federal não distingue a condição jurídica de filhos havidos fora do casamento.
4. *O fato de a mãe dos apelados ter deixado o convívio com o falecido, não é circunstância*

impeditiva ao reconhecimento da paternidade, que é reconhecida até mesmo pelos outros filhos do "de cujus".
5. Apelação e remessa oficial improvidas.
(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AC 535.441, Rel. Juiz Fed. Conv. Batista Gonçalves, j. 25/3/2002 - destaquei)

ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. (...). LEGITIMIDADE FILIAÇÃO. FÉ PÚBLICA CERTIDÃO DE NASCIMENTO. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM.
1. "A pensão militar pode ser requerida em qualquer tempo, condicionada porém, a percepção das prestações mensais à prescrição de 5 (cinco) anos.".
2. *Negar valor a Certidão de Nascimento, importa em não prestar fé a documento público.*
3. A invalidade de documento público exige produção de prova em contrário, e muito mais que isto, que dita prova seja apta a elidir a presunção de veracidade e legitimidade que a Lei lhe confere.
4. Presentes as condições da concessão de pensão militar e sua consequente reversão a única filha sobrevivente.
(TRF 4ª Região, 3ª Turma, AC 95.04.57129-8, Rel. Des. Fed. Luiza Dias Cassales, j. 15/5/1997)

(...). CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. FILHA. COMPROVAÇÃO. REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. FÉ PÚBLICA.
- (...).
- "*A certidão de nascimento da requerente Luciene Pinto Ferreira é prova suficiente de sua filiação e dependência econômica em relação ao falecido, eis que goza de presunção de veracidade e fé pública, sendo que a lei prevê a hipótese da mãe ser a declarante* (art. 52, item 2, da Lei nº 6.025/73)." (TRF3ª, AC 571092, Rel. Juiz Sérgio Nascimento, DJU 28/05/04).
- (...).
(TRF 5ª Região, 2ª Turma, AC 436.898, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, j. 1º/9/2009)

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

Art. 7º A pensão militar defere-se na seguinte ordem:
I - à viúva;
II - aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos;
III - aos netos, órfãos de pai e mãe, nas condições estipuladas para os filhos;
IV - à mãe viúva, solteira ou desquitada, e ao pai inválido ou interdito;
IV - à mãe, ainda que adotiva, viúva, solteira ou desquitada, e ao pai, ainda que adotivo, inválido ou interdito; (Redação dada pela lei nº 4.958, de 1966)
V - às irmãs germanas e consanguíneas, solteiras, viúvas ou desquitadas, bem como aos irmãos menores mantidos pelo contribuinte, ou maiores interditos ou inválidos;
VI - ao beneficiário instituído, desde que viva na dependência do militar e não seja do sexo masculino e maior de 21 (vinte e um) anos, salvo se for interdito ou inválido permanentemente.
§ 1º A viúva não terá direito à pensão militar se, por sentença passada em julgado, houver sido considerada cônjuge culpado, ou se, no desquite amigável ou litigioso, não lhe foi assegurada qualquer pensão ou amparo pelo marido.
§ 2º A invalidez do filho, neto, irmão, pai, bem como do beneficiário instituído comprovar-se-á em inspeção de saúde realizada por junta médica militar ou do Serviço Público Federal, e só dará direito à pensão quando não disponham de meios para prover a própria subsistência.

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

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

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

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. CABO DA MARINHA. (...). JUROS MORATÓRIOS. NATUREZA MATERIAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. (...).
> 8. "A Corte Especial, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.205.946/SP, pelo rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil (Recursos Repetitivos), consignou que os juros de mora são consectários legais da condenação principal e possuem natureza eminentemente processual, razão pela qual as alterações do art. 1º-F da Lei 9.494/97, introduzidas pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 e pela Lei 11.960/09, têm aplicação imediata aos processos em curso, com base no princípio *tempus regit actum* (cf. Informativo de Jurisprudência n. 485)" (AgRg no AREsp 68.533/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 9/12/11).
> 9. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "tratando de condenação imposta à fazenda pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, os juros de mora incidirão da seguinte forma: (a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º Decreto nº 2.322/87, no período anterior à 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97; (b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP nº 2.180-35/2001 até o advento da Lei nº 11.960, de 30/06/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97; e (c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009" (REsp 937.528/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 1º/9/11).
> 10. (...).
> 11. Recurso especial conhecido e provido.
> (STJ, 1ª Turma, REsp 1.215.714, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 12/6/2012)

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

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

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

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

Publique-se e intimem-se.

São Paulo, 26 de abril de 2018.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO

APELAÇÃO CÍVEL
0709201-10.1996.4.03.6106
(2007.03.99.039348-7)

Apelante: SEBO SOL LTDA. E DEPARTAMENTO NACIONAL ESTRADAS RODAGEM - DNER
Apelados: JOSÉ ROBERTO FERRARI E OUTRO(A)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: Ap 1232656
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2018

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL E MATERIAL. ACIDENTE DE TRANSITO. DNER. UNIÃO FEDERAL. SUCESSORA. EVENTO DANOSO E ATO LESIVO. CONFIGURADOS. NEXO DE CAUSALIDADE. DEMONSTRADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA SEBO SOL LTDA. CONFIGURADA. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA.
1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente de trânsito narrado na inicial, ocorrido em 10/09/1995, que teria causado vários ferimentos aos autores e avarias em seu veículo, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos morais e materiais.
2. De plano há que se reconhecer que o fato danoso (acidente de transito) efetivamente ocorreu e em razão disso que os réus sofreram os ferimentos alegados e comprovados na inicial, bem como as avarias em seu veículo. Portanto, incontroverso o nexo de causalidade entre o evento danoso e o resultado dano.
3. É inconteste o fato de que a existência de inúmeros detritos na pista da Rodovia BR 153, sentido Onda Verde/SP - São José do Rio Preto/SP, conforme consta da prova técnica, Laudo Pericial do Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo, contribuiu para a ocorrência do acidente.
4. E essa constatação da área técnica evidência a responsabilidade objetiva da administração pública, que tem o dever legal de manter as rodovias de todo pais em perfeito estado de conservação, de utilização e com a devida e correta sinalização (Decreto-Lei nº 512, de 1969 e Lei nº 9.503, 1997).
5. Os peritos do Instituto de Criminalística afirmam, no laudo, que com o veículo estava tudo bem, que também não foi verificado nenhum problema com o motorista que conduzia o veículo, mas "que 60,00 metros antes, a existência de resíduos de couro e gordura no asfalto, podem ter contribuído para a desgovernabilidade do veículo" (fl. 18), situação a caracterizar, indiscutivelmente, a responsabilidade objetiva da administração pública que têm, como já foi dito, o dever não só de manter as rodovias sinalizadas e em bom estado de conservação, mas em condições de tráfego seguro (§2º do art. 1º da Lei nº 9.503, de 1997), devendo, para tanto, exercer o seu dever de fiscalização.
6. É dever de todo o usuário das rodovias "abster-se de obstruir o trânsito ou torna-lo perigoso, atirando, depositando ou abandonando na via objetos ou substâncias..."

(inciso II do art. 26 da Lei nº 9.503, de 1997).
7. A responsabilidade objetiva da empresa ré está configurada, cabia a ela demonstrar que sua conduta, no meio de transporte desses resíduos, está em conformidade com as normas de segurança, de forma a impedir que esses detritos caíssem pela rodovia. O risco de transportar resíduos de sebo, banha, animal pelas rodovias é atividade que envolve um risco altíssimo de provocar acidentes, pois, até o simples calor pode promover o derretimento e a vazão de banha líquida na pista o que equivale ao vazamento de óleo na rodovia.
8. Nega-se provimento à apelação da União Federal e da Sebo Sol Ltda., para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da União Federal e da Sebo Sol Ltda., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2018.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> [...]
> PRELIMINARMENTE, apesar de atribuírem culpa a preposto da reclamada, não o identificaram. Se os autores não sabem quem foi o empregado da empresa que agiu culposamente não pode atribuir a esta a responsabilidade pelo acidente.
> [...]
> Se não sabem qual empregado da empresa agiu com culpa, não pode a SEBO SOL estar no polo passivo da demanda, devendo ser reconhecida ilegitimidade de parte da empresa ora contestante, que deverá ser excluída da lide.
> [...]

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

Nesse sentido o julgado:

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

> PERAÇÃO ANESTÉSICA. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. ART. 927, P. U. DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE ÀS CIRURGIAS NÃO ESTÉTICAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CLÍNICA MÉDICA. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO DO SERVIÇO. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO ÓBICE DA SÚMULA 283/STF.
> [...]
> 3. Responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços médico-hospitalares, independentemente de culpa dos médicos, com base no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente específico desta Turma.
> [...]
> (AgInt no REsp 1544093/DF AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL2015/0172950-6 - Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO - TERCEIRA TURMA - Julgamento em 09/08/2016 - Publicado no DJe de 16/08/2016)

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

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

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001850-03.2010.4.03.6117
(2010.61.17.001850-2)

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

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. AGRAVO RETIDO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CITAÇÃO REJEITADA. ASSISTÊNCIA JUIDICIÁRIA GRATUITA NEGADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICA PRECÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 10 DA LEI 8.429/92. ILEGALIDADES NA CONTRATAÇÃO PELO MUNICÍPIO DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO BEM COMO NA EXECUÇÃO DO TERMO DE PARCERIA FIRMADO ENTRE A MUNICIPALIDADE E A ALUDIDA ENTIDADE DO TERCEIRO SETOR PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E ODONTOLÓGICOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA. ATOS DE IMPROBIDADE CARACTERIZADOS. SANÇÕES DO ART. 12, II DA LEI Nº 8.429/92. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA.
- Embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
- O apelante foi devidamente notificado para prestar informações, nos termos do § 7º, da LIA, e apresentou devidamente manifestação por escrito. O mesmo foi intimado para apresentar resposta, conforme decisão que recebeu a inicial, tendo se manifestado diversas vezes nos autos, inclusive para apresentar agravo retido.
- Ademais, a primeira manifestação do apelante nos autos foi em 03/06/2011, quando da juntada da procuração outorgando poderes para o seu patrono. Desde então, verifica-se que teve total conhecimento da ação proposta, e as notificações passaram a ser recebidas pelo advogado por ele constituído nos autos. João Gilberto exerceu o seu direito ao contraditório, inclusive, comparecendo às audiências designadas.
- A assistência judiciária gratuita é garantia constitucional, prevista no art. 5º, LXXIV, da Magna Carta, na qual se confere o dever do Estado de proporcionar a todos o acesso ao Judiciário, até mesmo aos que comprovarem insuficiência de recursos. Tal preocupação do Estado é antiga e tem origem mesmo antes do ordenamento constitucional de 1988.
- Nesse sentido, a assistência judiciária é concedida aos necessitados, entendidos como aqueles cuja situação econômica não lhes permita pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Na hipótese dos autos, o apelante não logrou êxito em demonstrar a situação econômico-financeira

precária. Há provas de suas atividades profissionais durante o curso deste processo (assistente parlamentar na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e a própria condição de ex-prefeito).
- O magistrado, no uso de suas atribuições, deve estabelecer a produção de provas que sejam importantes e necessárias ao deslinde da causa. Sendo destinatário natural da prova, o juiz tem o poder de decidir acerca da conveniência e da oportunidade de sua produção, visando obstar a prática de atos inúteis ou protelatórios, desnecessários à solução da causa (TRF/3ª Região, AI nº 405916, Processo 00139752120104030000, Rel. Des. Márcio Moraes, 3ª Turma, e-DJF3 de 03/12/2010, p. 320).
- Segundo o Órgão Ministerial, à vista do relatório final da Comissão Especial de Inquérito nº 01/2007, instaurada na Câmara Municipal de Itapuí, requisitou a abertura de procedimento fiscalizatório pela Controladoria-Geral da União, no que foi atendido. Aduz que, ao cabo da referida investigação administrativa, vieram à tona múltiplas ilegalidades na contratação, pelo Município de Itapuí, da Fênix do Brasil - Gestão e Desenvolvimento de Políticas Públicas e Sociais, qualificada pelo Ministério da Justiça como organização da sociedade civil de interesse público, bem como na execução do termo de parceria firmado entre a municipalidade e a aludida entidade do terceiro setor para a prestação de serviços médicos e odontológicos no âmbito do Programa Saúde da Família - PSF e do Programa Saúde Bucal - PSB, ambos custeados com recursos repassados pelo Ministério da Saúde ao Fundo Nacional de Saúde.
- Amparado nas conclusões expostas no relatório de demandas especiais nº 00225.000438/2008-19, emanado da Secretaria Federal de Controle Interno no Estado de São Paulo, órgão vinculado à Controladoria-Geral da União, o Ministério Público Federal sustenta que, no período de 7 de julho de 2006 a 31 de janeiro de 2008, os apelantes causaram danos ao erário e atentaram contra princípios reitores da Administração Pública mediante as seguintes condutas: a) contratação da OSCIP sem observância dos princípios da publicidade e competitividade; b) manutenção de equipes incompletas no âmbito do Programa Saúde da Família - PSF e do Programa Saúde Bucal - PSB, em manifesta contrariedade ao disposto na alínea "i", do inciso I, da cláusula terceira do termo de parceria; c) ausência de prestação de contas; d) ausência de comprovação de despesas no valor de R$ 532.194,46; e) pagamento de remuneração para OSCIP prestadora de serviço gratuito de saúde, em descompasso com o art. 6º do Decreto nº 3.100/1999.
- MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES, na época dos fatos, era presidente da OSCIP Fênix do Brasil. Nessa qualidade assinou o termo de Parceria com a prefeitura de Itapuí/SP, para gerenciamento do PSN e PSB. QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ era, na época, o gestor do projeto e, inclusive, seria o responsável pela prestação ode contas. JOSE GILBERTO SAGGIORO foi o prefeito do município de Itapuí durante todo o período de vigência do Termo de parceria firmado com a OSCIP. Na época do ajuizamento da ação, ainda era o prefeito do referido município.
- No caso do art. 10, da lei nº 8.429/92, o pressuposto para tipificação do ato de improbidade é a ocorrência de lesão ao erário. Ademais, o dispositivo exige a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente e o nexo de causalidade entre sua ação/omissão e o respectivo dano.
- Após análise do conjunto probatório, não há nenhuma dúvida de que as denuncias feitas contra os apelantes são verídicas.
- Remessa oficial, agravo retido e apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, ao agravo retido de JOSE GILBERTO SAGGIORO e às apelações interpostas, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

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

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

Pois bem.

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

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

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

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

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

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

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

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

Passo ao exame do mérito.

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

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

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

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

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

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

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

Com relação aos sujeitos passivos, estes estão elencados no art. 1º, da Lei nº 8.429/9, e correspondem às pessoas jurídicas titulares do patrimônio público violado ou lesado pelo ato de improbidade administrativa, sejam elas pertencentes à administração direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, Estados ou Municípios, ou, ainda, empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. De acordo com o parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 8.429/92, também estão sujeitos às penas da lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio da entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio, restando restrita a sanção patrimonial nestes casos, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

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

No tocante às penas, o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, de forma taxativa, fixou as penalidades para os agentes que praticarem ato de improbidade administrativa (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário). Essas sanções possuem natureza civil e, conforme destacado expressamente na Constituição, não excluem as sanções penais eventualmente previstas em lei para a mesma conduta. O dispositivo constitucional definiu, ainda, que essas sanções devem ser aplicadas "na forma e gradação previstas em lei". As sanções da Lei nº 8.249/92 não são, obrigatoriamente, aplicadas de forma cumulativa e devem guardar relação com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Na fixação das penas, deverá o julgador dosar as mesmas, levando em conta a extensão do dano causado, a gravidade da conduta e a intensidade do elemento subjetivo do agente.

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

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

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

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

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

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

> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
> (...)
> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:
> (...)
> II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Novamente, a razão está com o Ministério Público Federal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

admitida a intervenção de colaboradores privados somente a título complementar.

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

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

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

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

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

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

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

A propósito, destaco o seguinte julgado:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92 (LIA). SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELAÇÃO. EX-PREFEITO. AÇÃO CULPOSA QUE ACARRETOU A SUSPENSÃO DE REPASSE, AO MUNICÍPIO, DE RECURSOS FEDERAIS ORIUNDOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. OCORRÊNCIA. LESÃO AO ERÁRIO. ART. 10 DA LIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 208 DO STJ. IRREGULARIDADE NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. AFASTADA. DOSIMETRIA IMPOSTA NA SENTENÇA. REVISÃO. NECESSIDADE. AGRAVAMENTO DAS PENAS. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARCIALMENTE ACOLHIDO. NEGADO SEGUIMENTO À APELAÇÃO DO RÉU.
> - Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com a finalidade de obter a condenação do réu ao pagamento de multa civil, bem como ao ressarcimento integral do valor que deixou de ser repassado ao Município e à regularização da prestação de contas no ano de 2005.
> - Afirma-se que o ex-prefeito de Uru/SP, no mandato referente ao quadriênio 2005-2008, praticou ato de improbidade tipificado nos artigos 10, *caput*, e 11, II, da Lei 8.429/92 (LIA) ao não implantar o Conselho de Alimentação Escolar (CAE) no Município, o que acarretou a suspensão de repasses de recursos federais oriundos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) no ano de 2006. O valor que deixou de ser repassado corresponde a R$ 4.237,20 e destinava-se ao fornecimento de merenda aos alunos matriculados na rede pública

municipal de ensino.
- Alega-se, ainda, omissão da autoridade pública municipal quanto à prestação de contas do ano de 2005, o que configuraria ato de improbidade administrativa que atentaria contra os princípios da Administração Pública, conforme dispõe o artigo 11, VI, da LIA.
- A sentença julgou o feito parcialmente procedente e, com fundamento no artigo 12, II e parágrafo único da LIA, condenou o réu unicamente ao ressarcimento da quantia que deixou de ser transferida, com juros e correção monetária nos termos da taxa SELIC.
- Competência para o feito é da Justiça Federal em razão da Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça, que determina competir à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal. Precedentes.
- A prestação de contas referente ao ano de 2005 foi apresentada regularmente pelo Município de Uru/SP perante o PNAE em 11.01.2006, dentro do prazo fixado em lei, que autorizava a prestação até 15.01.2006, conforme documentos apresentados. Tal circunstância foi mencionada na sentença, e foi o motivo da parcial procedência, transitando em julgado por não ter sido impugnada na apelação do Ministério Público Federal. Deste modo, há de ser afastada qualquer pretensão quanto a eventual sanção relacionada à prestação de contas pelo Prefeito.
- No que concerne à suspensão do repasse das verbas federais, a responsabilidade foi do próprio Município de Uru/SP ao não cumprir as exigências legais no momento do encaminhamento da documentação necessária ao FNDE.
- O CAE, como órgão democrático e plural, deve estar devidamente instituído para que o repasse do FNDE seja efetivado. A finalidade da norma é a de assegurar que pais de alunos, professores, membros da sociedade civil e do Poder Legislativo possam acompanhar a gestão das verbas federais encaminhadas à Municipalidade com o fito de suprir a merenda escolar dos alunos das escolas públicas municipais.
- À época dos fatos (01.2006), o dispositivo legal regulamentador da instituição do CAE era a Medida Provisória 2178-34, de 28.06.2001. Assim, conquanto o Município alegue que o CAE estava devidamente constituído, e que houve um equívoco apenas com relação a quem seria seu presidente à época dos fatos, em verdade verifica-se que não foi comprovada junto ao FNDE a constituição do CAE.
- Uma vez não constatada a formação do CAE, o FNDE, com supedâneo na legislação, suspendeu o repasse das verbas federais. O Município foi diversas vezes cientificado acerca dessas pendências, mas mesmo assim não regularizou a demonstração da composição da entidade, como evidencia a prova documental arregimentada. O Prefeito, por conseguinte, não observou seu dever de cuidado e, de forma negligente e imperita, deixou de informar a composição do CAE ao FNDE.
- Na condição de chefe do Poder Executivo do Município, ele tinha ciência de que o repasse das verbas federais condicionava-se, dentre outros requisitos, à prova, perante o FNDE, da instituição do CAE no Município. Ao descumprir a solicitação do FNDE, o Prefeito agiu com culpa e praticou o ato de improbidade tipificado no artigo 10, *caput*, da LIA.
- Há de ser afastada a alegação da Municipalidade de que a suspensão do repasse não gerou prejuízo aos alunos das escolas municipais porque o fornecimento da merenda escolar foi suprido com recursos do próprio Município. Isso porque a intenção da Medida Provisória 2178-34 foi a de assegurar aos Municípios um montante destinado exclusivamente à merenda escolar, liberando o orçamento municipal a outras finalidades de interesse social.
- Restou configurado, portanto, o ato de improbidade consistente na omissão culposa do Prefeito que ensejou perda patrimonial ao Município, nos termos do artigo 10, *caput*, da Lei 8.429/92. Convém ressaltar que as infrações previstas no artigo 10 desta lei exigem a presença do elemento subjetivo dolo ou culpa do agente para que sejam caracterizadas. Precedentes.
- Ao lado do elemento subjetivo, a improbidade administrativa prevista no artigo 10 da Lei de Improbidade necessita da lesão ao Erário para ficar caracterizada. No caso em tela, tal lesão consistiu na quantia total que deixou de ser transferida ao Município de Uru/SP durante os

três meses em que o repasse das verbas federais foi suspenso - R$ 4.237,20.
- O juízo *a quo*, por seu turno, apenas condenou o réu a ressarcir o importe que deixou de ser repassado ao Município - R$ 4.237,20 com juros e correção monetária nos termos da taxa SELIC - não fixando ou afastando, justificadamente, as outras sanções aplicáveis ao caso concreto.
- Nesse aspecto, a sentença merece reparos, pois devem ser observados os critérios da extensão do dano e do proveito patrimonial obtido pelo agente para aplicação das penas previstas na LIA. Precedentes.
- Dosimetria e cominação das sanções fixadas, nos termos do art. 12, parágrafo único, da LIA, na seguinte conformidade: mantida a obrigação de ressarcir a soma que deixou de ser repassada ao Município
- R$ 4.237,20; cominada com multa civil correspondente ao valor do dano (R$ 4.237,20). Afastada a Todos os valores devem ser corrigidos e receber a incidência de correção monetária nos termos da taxa SELIC.
- Perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de cinco anos são sanções demasiadamente graves, cuja aplicabilidade ao caso concreto há de ser afastada, com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Por outro lado, devem ser afastadas as infrações capituladas nos artigos 11, II, e 12, II, da LIA, pois enquadrar um único ato praticado em duas ou mais tipificações consistiria em *bis in idem*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.
- Dá-se parcial provimento à apelação do autor e nega-se seguimento à apelação do réu.
(TRF/3ª Região, AC nº 1931426, Juíza convocada Leila Paiva, 6ª Turma, e-DJF3 de 12/07/2016)

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

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

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0005429-90.2013.4.03.6104
(2013.61.04.005429-5)

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

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. TERRENO DE MARINHA. IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.
I - Cuida-se de sentença de fls. 22 dos autos, a qual julgou extinto o pedido de usucapião formulado por Gerson França e Outra em relação ao apartamento 84-A e respectiva garagem, do Edifício Caravelas, à Av. Manoel da Nóbrega 1.287 em São Vicente-SP, por falta de condição da ação, uma vez que o bem está inserido em terreno de marinha, sob regime de *ocupação*, sem possuir direito real de enfiteuse.
II - No caso em análise, é inconteste que os bens objeto de usucapião sofrem restrições absolutas que o impedem de ser suscetível de prescrição aquisitiva, uma vez que cadastrados no SPU sob nº 7121.0007410-16 e 7121.0007369-50, ambos em regime de ocupação, em nome de *Antonio Argenti*.
III - Em razão disso, há empecilho jurídico a impedir o desenvolvimento do processo de usucapião, considerando ainda que os bens não são classificados como enfitêutico - o que propiciaria, *in casu*, a sorte da demanda - aplicando-se diretamente os ditames dos artigos 183, parágrafo 3º e 191 da Carta Magna, impedindo que os bens públicos sejam adquiridos pela via da usucapião.
IV - Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de julho de 2018.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

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

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

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

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. TERRENO DE MARINHA. BEM DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENFITEUSE. NÃO COMPROVAÇÃO. REGIME DE OCUPAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.
> 1. Rejeitada a preliminar da União de inovação do pedido em sede de apelação. Verifica-se dos autos que o pedido contido na inicial se refere à declaração de usucapir o domínio útil do imóvel, e ainda que os autores tivessem pleiteado apenas em sede recursal, o pedido de usucapião do domínio pleno do imóvel engloba o útil.
> 2. São terrenos de marinha as faixas de terra com profundidade de 33 metros contados do início do mar para dentro do continente, nos termos do art. 2º do Decreto-Lei nº 9.760/46.2.
> 3. Restou comprovado nos autos que o imóvel em questão se encontra cadastrado em regime de ocupação junto à Secretaria do Patrimônio da União - SPU.
> 4. Na ocupação não existem vínculos jurídicos definitivos entre o ocupante e o bem ocupado, estando ela caracterizada pela precariedade, enquanto na enfiteuse o vínculo é seguro, constituindo um direito real imobiliário.
> 5. Impossibilidade de usucapião por ausência de demonstração do domínio útil de imóveis públicos, inexistindo prévia enfiteuse.
> 6. Os terrenos de marinha, reconhecidos constitucionalmente como bens públicos (CF/88, art. 20, inciso VII), não podem ser adquiridos por usucapião, conforme preceitua o art. 183 da Constituição Federal.
> 7. Apelação desprovida.
> (TRF-3, Apel. Cível nº 1830719, DJF 12.03.2018, 5º Turma, Des. Fed. Mauricio Kato).

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

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0009860-25.2013.4.03.6119
(2013.61.19.009860-7)

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

EMENTA

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

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de julho de 2018.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

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

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

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

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

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

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

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

> A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.
> (RE 109615, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081)

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

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

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

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

É de ser mantida a r. sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da autora.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
0000378-71.2014.4.03.6134
(2014.61.34.000378-9)

Agravantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF E PREFEITURA MUNICIPAL DE AMERICANA - SP
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: PREFEITURA MUNICIPAL DE AMERICANA - SP
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE AMERICANA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
Classe do Processo: Ap 2206324
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/07/2018

EMENTA

AGRAVO INTERNO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ADMINISTRATIVO - ATENDIMENTO BANCÁRIO - TEMPO DE ESPERA EM FILA - VALOR DA MULTA - EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.
1. O auto de infração, correspondente à quinta reincidência, foi lavrado em 28 de abril de 2011.
2. Nos termos do artigo 5º, da Lei Municipal *4.239/2005, com a redação dada pelas Leis Municipais nº 4.381/2006 e 4.933/2009*, em caso de reincidência, a multa prevista no inciso anterior será cobrada em dobro, considerando, como referência para essa nova autuação, a penalidade pecuniária imposta na autuação imediatamente anterior.
3. À infração imediatamente anterior (quarta reincidência), cujo auto de infração foi lavrado em 11 de julho de 2008, foi imposta multa no valor de R$ 10.000,00.
4. É cabível a redução do valor da multa, referente à quinta reincidência, de R$ 160.000,00 para R$ 20.000,00.
5. Agravo interno do Município provido. Remessa oficial e agravo interno da Caixa Econômica Federal improvidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de julho de 2018.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

Contraminutas (fls. 214/217 e 226).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

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

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

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

> Ementa:
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO PERANTE O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL CONTRA DECISÃO DE RELATOR NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE.
> 1. O agravo das decisões de Relator no Supremo Tribunal Federal deve ser apresentado na própria Corte, nos termos do § 1º do art. 557 do CPC/1973, aplicável em razão de a decisão recorrida ser anterior a 18/3/2016 (data de vigência do Novo CPC).
> 2. Agravo regimental não conhecido.
> (ARE 906668 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 14/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 27-10-2016 PUBLIC 28-10-2016).

Assiste razão ao Município.

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

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

A Constituição Federal:

> Art. 30. Compete aos Municípios:
> I - legislar sobre assuntos de interesse local;

A jurisprudência:

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

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

> Artigo 5º O descumprimento das disposições contidas nesta lei acarretará ao infrator as seguintes penalidades:
> I - advertência, quando da primeira infração;
> II - imposição de multa no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), reajustáveis anualmente pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), nos termos da Lei nº 3.610, de 26 de dezembro de 2001, ou por outro indexador que vier a substituí-lo ou modificá-lo por força de lei
> III - em caso de reincidência, a multa prevista no inciso anterior será cobrada em dobro, considerando, como referência para essa nova autuação, a penalidade pecuniária imposta na autuação imediatamente anterior.

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

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

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

É o meu voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0000014-37.2015.4.03.0000
(2015.03.00.000014-1)

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravado: LEONARDO PAVANELLI GOMES
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AI 548167
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2018

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROCESSO SELETIVO PARA O CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS *AVIADORES* DA AERONÁUTICA/FAB. EXAME DE APTIDÃO PSICOLÓGICA: *REPROVAÇÃO* DO CANDIDATO. INSURGÊNCIA JUDICIAL CONTRA O RESULTADO NEGATIVO. LAUDO PSICOLÓGICO ENCOMENDADO PELA PARTE NÃO SE SOBREPUJA ÀS CONCLUSÕES DO RIGOROSO EXAME REALIZADO PELA AERONÁUTICA. CABE AO JUDICIÁRIO TER RESPONSABILIDADE PARA COM O INTERESSE COLETIVO, QUE SOBREPUJA O INDIVIDUAL. RECURSO PROVIDO. TUTELA CASSADA.
1. O Exame de Aptidão Psicológica é revestido de legalidade, conforme previsto na Lei nº 12.464/11, pela Portaria que baixou as instruções específicas ao certame, com supedâneo no art. 10 do Estatuto dos Militares, que determina o cumprimento do previsto em lei e regulamentos militares, como condição de ingresso nas Forças Armadas.
2. Inscrevendo-se no certame, o autor/agravado *aceitou* os termos do edital; depois de reprovado no teste de *aptidão psicológica* - para curso que resulta em ser eventualmente admitido para pilotar aviões de guerra, de alta tecnologia e inçados de armas perigosas - o autor se insurgiu contra o resultado negativo.
3. O laudo psicológico encomendado e pago pelo autor não pode sobrepujar as conclusões do *rigoroso exame psicológico feito pela aeronáutica*.
4. Não é papel do Judiciário, sob a frouxa afirmação de suposta ofensa a garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inexistentes, no caso), cometer a irresponsabilidade de validar *liminarmente* a inclusão em curso de formação de pilotos militares, alguém que foi reprovado num dos exames mais necessários para o desempenho daquela atividade militar: a avaliação psicológica.
5. É preciso ter responsabilidade com o interesse coletivo - que sobrepuja o interesse individual - no sentido de se evitar que alguém inapto tome assento na carlinga de aeronave militar, pois as consequências são funestas e nenhuma "garantia constitucional" vai trazer de volta as vítimas de um possível acidente.
6. Agravo de instrumento provido. Tutela cassada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento e cassar a tutela antecipada, nos termos do voto do Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, vencida a Relatora, que lhe negava provimento.

São Paulo, 05 de julho de 2018.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator para Acórdão

RELATÓRIO

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

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

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

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido.

Com contraminuta, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

Não assiste razão à agravante.

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

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

em sede de ação ordinária, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para assegurar ao autor, em caráter provisório, a participação nas demais etapas do processo seletivo para admissão ao curso de formação de oficiais aviadores da Aeronáutica do ano de 2015, inclusive para realização do Teste de Aptidão à Pilotagem Militar, devendo a parte ré adotar as providências necessárias.
Pretende a agravante a reforma da r. decisão agravada, alegando, em síntese, que a manutenção do agravado no certame, sem que tenha cumprido requisitos essenciais para o prosseguimento, causa prejuízos à Administração, bem como afronta aos regulamentos internos da Aeronáutica e revela desrespeito à isonomia no que toca aos demais candidatos; que a escolha do método de avaliação cabe aos técnicos da área competente, no caso, da Força Aérea Brasileira, uma vez que o curso em questão visa à formação de futuros oficiais aviadores; que cabe à Administração Pública Federal optar, entre os vários métodos existentes, por aquele que melhor se adequa à finalidade proposta; que a exigência de aprovação em exame psicológico para ingresso na atividade militar se vincula aos dispositivos normativos correspondentes ao certame, de forma a atender intrínseca e extrinsecamente aos princípios da existência, validade e eficácia que lhe dão o devido substrato jurídico; que o Exame de Aptidão Psicológica é revestido de legalidade, conforme previsto na Lei nº 12.464/11, pela Portaria que baixou as instruções específicas ao certame, com supedâneo no art. 10 do Estatuto dos Militares, que determina o cumprimento do previsto em lei e regulamentos militares, como condição de ingresso nas Forças Armadas.
Não assiste razão à agravante.
Como é sabido, o agravado participou do Concurso de Admissão ao curso de Formação de Oficiais Aviadores (CFOAV-2015), tendo sido contraindicado no exame psicológico e, consequentemente, eliminado do respectivo certame.
Da análise dos autos, depreende-se que não foi permitido ao agravado o acesso às suas avaliações, com a devida fundamentação, bem como aos testes aplicados que conduziram ao resultado final de inaptidão psicológica.
In casu, a ausência de disponibilização da avaliação psicológica em sua inteireza, que concluiu pela inaptidão do agravado para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo almejado, ofende as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.
A respeito do tema, trago à colação a ementa do seguinte julgado:
"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR. CONCURSO PÚBLICO. ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO À GRADUAÇÃO DE SARGENTOS DA AERONÁUTICA. EXAME PSICOTÉCNICO. DIVULGAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO E DO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO DO CARGO. NECESSIDADE.
- Ação cautelar, com pedido de liminar, visando assegurar a permanência do candidato nas fases seguintes de concurso para Sargento da Aeronáutica.
- Avaliação psicológica que concluiu pela inaptidão do impetrante para o ingresso no Curso de Formação de Sargento da Aeronáutica.
- Legalidade do exame psicotécnico nos concursos para o ingresso na carreira policial e militar, desde que observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.
- Hipótese em que não houve a divulgação dos critérios de avaliação (caráter sigiloso), nem foi permitida a interposição de recurso (caráter irrecorrível).
- Improvimento da apelação e da remessa oficial."
(TRF-5ª Região, Apelação Cível nº 200181000139051, Terceira Turma, rel. Des. Fed. Ridalvo Costa, DJ 21/08/2006, p. 754).
De outro lado, há manifesta divergência entre o resultado de inaptidão divulgado no tocante à admissão para o curso de Formação de Oficiais Aviadores (fls. 123) e aquele (de aptidão psicológica) para o curso de Formação de Sargentos da Aeronáutica (fls. 152), lembrando, ainda, que também foi apresentado nos autos o laudo psicológico de fls. 119/122, que considerou o agravado apto para o exercício no curso de formação de Oficiais Aviadores.
Assim sendo, deve ser mantida, por ora, a eficácia da r. decisão agravada, em razão da con-

trovérsia instaurada, que deverá ser devidamente dirimida nos autos originários, após regular instrução probatória.
Em face do exposto, *INDEFIRO* o efeito suspensivo pleiteado.

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

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

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

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

DOU PROVIMENTO AO AGRAVO e casso a tutela antecipada.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator para Acórdão

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0001673-17.2015.4.03.6100
(2015.61.00.001673-5)

Recorrente: GUSTAVO FARINHA PINTO SARAIVA
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: GUSTAVO FARINHA PINTO SARAIVA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESENBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR (VICE-PRESIDENTE)
Classe do Processo: ApReeNec 370501
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2018

DECISÃO

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

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

DECIDO

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

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

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO DECRETO N. 3.048/99. ATO NORMATIVO INFRALEGAL QUE NÃO SE INSERE NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. DESCABIMENTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. O recurso especial, nos limites delineados no art. 105, III, da Constituição da República, destina-se à uniformização da interpretação de atos normativos infraconstitucionais expedidos pela União, razão pela qual não se presta à análise de possível violação de decreto regulamentar. Precedentes.
> 2. O acórdão invocado pela Autarquia Previdenciária em defesa de sua tese, EREsp 919.274, tratava especificamente do Decreto n. 2.040/96 que, embora editado com base no artigo 84,

> inciso IV, da Constituição Federal, foi considerado como verdadeira lei em sentido material pela Corte Especial deste Tribunal, hipótese, pois, distinta da situação destes autos.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 1270542/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 29/10/2014)

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

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

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. ESTUDANTE. ÁREA DE SAÚDE. LEIS 5.292/1967 E 12.336/2010.
> 1. Os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar, compulsório tão somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 5.292/1967.
> 2. As alterações trazidas pela Lei 12.336 passaram a viger a partir de 26 de outubro de 2010 e se aplicam aos concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários, ou seja, àqueles que foram dispensados de incorporação antes da referida lei, mas convocados após sua vigência, devem prestar o serviço militar.
> 3. Embargos de Declaração acolhidos.
> (STJ, Primeira Seção, EDcl no REsp 1.186.513/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 12.12.2012, DJe 14.02.2013)

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

> A controvérsia trazida a esta Primeira Seção e analisada em recurso repetitivo diz respeito à sujeição à prestação do serviço militar obrigatório aos estudantes dispensados por excesso de contingente, de acordo com a Lei 5.292/1967.
> No caso em exame, o impetrante do *mandamus* foi dispensado do serviço
> militar por excesso de contingente em 24 de novembro de 1999 e, após a conclusão do curso de Medicina, cuja colação de grau ocorreu em 16 de junho de 2007, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, foi convocado para prestar o serviço militar obrigatório, com fulcro no art. 4º, § 2º, da citada lei.
> O Tribunal *a quo*, no entanto, ao confirmar o decisório monocrático, concedeu a Segurança, declarando a nulidade do ato administrativo que convocou o impetrante para prestar o serviço militar e, por consequência, a sua dispensa da obrigação.
> Tal orientação foi confirmada por esta Corte, na sessão de 14/3/2011, com base na reiterada jurisprudência no sentido de que os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório, sendo compulsório tão somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 5.292/1967. Não obstante a dissonância com o § 2º do citado dispositivo, deve prevalecer o entendimento firmado no *caput*.
> Não há qualquer omissão nesse julgado quanto à referida legislação.

Todavia, no tocante à aplicabilidade da Lei 12.336/2010, arguida nestes Embargos Declaratórios, reconheço a importância de tal esclarecimento, mormente porque a referida legislação foi efetivamente citada no acórdão embargado.
A questão restringe-se em saber se a Lei 12.336/2010 se refere "àqueles que já foram dispensados mas ainda não convocados posteriormente, ou somente àqueles que forem dispensados após sua vigência" - fl. 193.
Reza o referido texto legal (grifei):
"Art. 4º. Os concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários que não tenham prestado o serviço militar inicial obrigatório no momento da convocação de sua classe, por adiamento ou dispensa de incorporação, deverão prestar o serviço militar no ano seguinte ao da conclusão do respectivo curso ou após a realização de programa de residência médica ou pós-graduação, na forma estabelecida pelo *caput* e pela alínea 'a' do parágrafo único do art. 30, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e em sua regulamentação."
Consoante anotado na decisão embargada, entendo que as alterações trazidas pela Lei 12.336 passaram a viger a partir de 26 de outubro de 2010 e se aplicam aos "concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários", ou seja, àqueles estudantes que foram dispensados, mas ainda não convocados.
Com efeito, vale adotar, *in casu*, por analogia, o mesmo raciocínio desta Corte quando firmou o entendimento de não haver direito adquirido do servidor a regime jurídico. Nesse sentido, exemplifico:
"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE EXECUTIVA (GAE). LEI 11.907/2009. PLANO ESPECIAL DE CARGOS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA (PECFAZ).
INCORPORAÇÃO DA GAE AO VENCIMENTO BÁSICO. INVIÁVEL EM RECURSO ESPECIAL ANALISAR SE A GAE FOI CORRETAMENTE INCORPORADA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO E REMUNERATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. O Tribunal de origem, ao solver a contenda, afirmou que, a teor do disposto na Lei 11.907/2009, a partir de 29 de agosto de 2008, o valor da Gratificação de Atividade (GAE), de que trata a Lei Delegada 13/1992, foi incorporado ao vencimento básico dos Servidores integrantes do PECFAZ. No contexto, analisando a nova tabela de remuneração, destacou que foram estabelecidos novos valores com a absorção da GAE, retroativamente a 10. de julho de 2008, nos moldes do comando legal.
2. A desconstituição do aresto vergastado, a fim de verificar se a GAE foi corretamente incorporada aos vencimentos da recorrente, não prescinde do revolvimento de fatos e provas, providência inviável em sede de Recurso Especial, consoante prescreve a Súmula 7/STJ.
3. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é a de que não há direito adquirido do Servidor a determinado regime jurídico e remuneratório.
4. Agravo Regimental desprovido."
(AgRg no REsp 1306590/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/09/2012).
"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. VPNI - VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA. QUINTOS. REAJUSTE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A PERMANÊNCIA DE REGIME JURÍDICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. DECISÃO PROFERIDA EM ÂMBITO DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DO RE 563/965/RN. PRECEDENTES.
1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.
2. É cediço que a natureza do vínculo que liga o servidor ao Estado é de caráter legal e pode,

por conseguinte, sofrer modificações no âmbito da legislação ordinária pertinente, as quais o servidor deve obedecer, de modo que não há direito adquirido do servidor a determinado regime jurídico, nos termos de tranquila jurisprudência da Suprema Corte. Precedentes.
3. Considerando a mudança operada pela Lei Estadual nº 2.531/99, na forma do cálculo dos valores referentes à vantagem em análise e a inexistência de perdas remuneratórias, conforme expressamente consignado pelo Tribunal *a quo*, não há que se falar na existência de direito líquido e certo a embasar a pretensão exposta no presente recurso.
4. Agravo regimental não provido."
(AgRg no RMS 35.930/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 14/09/2012).
Diante do exposto, *acolho os Embargos de Declaração* para esclarecer que a Lei 12.336/2010 deve ser aplicada aos concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários que foram dispensados de incorporação, mas ainda não convocados.
É como *voto*.

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

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

Int.

São Paulo, 11 de julho de 2018.

NERY JÚNIOR - Vice-Presidente

APELAÇÃO CÍVEL
0002895-38.2016.4.03.6115
(2016.61.15.002895-4)

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

EMENTA

SERVIDOR PÚBLICO. AUXÍLIO TRANSPORTE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DO TRANSPORTE PÚBLICO. DESLOCAMENTO COM VEÍCULO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE
1. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.
2. Desnecessidade de comprovação, pelo servidor, da efetiva utilização de transporte público para percepção do auxílio transporte. Precedentes.
3. Faz jus ao recebimento do benefício o servidor que se desloca ao local de serviço utilizando-se de veículo próprio. Precedentes.
4. Recurso desprovido, com majoração da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de julho de 2018.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

Com contrarrazões da parte autora subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

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

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

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

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

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

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

> DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUXÍLIO TRANSPORTE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DO TRANSPORTE PÚBLICO.
> *I - Desnecessidade de comprovação, pelos servidores, da efetiva utilização de transporte público para percepção de auxílio transporte. Precedentes.*
> II - Verba honorária majorada.
> III - Apelação do autor provida. Apelações da União e da UFSCar - Fundação Universidade Federal de São Carlos desprovidas.
> (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1956664 - 0001952-60.2012.4.03.6115, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 03/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/11/2015)

> PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL. ART. 557 CPC. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO DE TRANSPORTE. COMPROVANTE. DESNECESSIDADE. AGRAVO LEGAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> *Para a concessão do auxílio-transporte basta a declaração firmada pelo servidor, que ateste a realização das despesas com transporte. As informações prestadas pelo servidor presumem-se verdadeiras.* Medida Provisória 2.165/2001, art. 6º. Considerando que a declaração do servidor goza, nos termos da lei, de presunção de veracidade, afigura-se desnecessária a

apresentação dos bilhetes das passagens, ainda que se considere o caráter indenizatório do auxílio em tela. Agravo legal a que se nega provimento.
(AC- 00242698320014036100, Juiz Federal Convocado FERNANDO MENDES, TRF-3, PRIMEIRA TURMA, 23/1/2013)

AGRAVO LEGAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE. AUXÍLIO-TRANSPORTE. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE BILHETES DE PASSAGEM. DECLARAÇÃO FIRMADA PELO SERVIDOR. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. ART. 6º, § 1º DA MP 2.165-36/2001. INVESTIGAÇÃO ACERCA DA VERACIDADE DAS DECLARAÇÕES POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.
I - Admissível o julgamento dos recursos de apelação interpostos pelas partes nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil uma vez que a análise das questões abordadas nos autos foi amparada em entendimento jurisprudencial pátrio dominante, o que, por si só, já afasta qualquer irregularidade a respeito. Ademais, eventual violação aos princípios do contraditório e da inafastabilidade do controle jurisdicional, decorrente da aplicação do art. 557 do CPC, fica superada, desde logo, com a apreciação do presente agravo legal pelo órgão colegiado.
II - O artigo 6º da Medida Provisória nº 2.165-36/2001 estabelece que o auxílio-transporte será concedido mediante a declaração do servidor e que as informações por ele prestadas presumem-se verdadeiras. Tal presunção, contudo, é relativa, podendo a sua veracidade ser verificada tanto na esfera administrativa, quanto na penal ou civil.
III - Diante de tal presunção, torna-se descabida a apresentação mensal dos bilhetes de passagem como condicional para o pagamento do referido auxílio.
IV - A ilegalidade da conduta da Administração em condicionar o pagamento do auxílio-transporte à apresentação de bilhetes de viagem não significa que ela não possa investigar a veridicidade das declarações prestadas pelos servidores. Pelo contrário: a mesma não só pode, como deve, diante de indícios de inveracidade de tais declarações, proceder à devida investigação, não só por força do art. 6º, § 1º da MP nº 2.165-36/2001, mas também em função dos princípios constitucionais a que está adstrita, em especial, moralidade, eficiência e legalidade.
V - Agravo legal improvido.
(AC 00069740820024036000, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/09/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO TRANSPORTE. EXIGÊNCIA DA LEI. DECLARAÇÃO DO BENEFICIÁRIO.
1. A M.P. nº 2.165-36, de 23 de agosto de 2001, com status de lei material (E.C. nº 32/2001), com gênese na M.P. nº 1.783 de 14 de dezembro de 1998, foi devidamente regulamentada pelo Decreto Federal nº 2.620 de 15 de dezembro de 1998, sem que se previsse, na lei ou em seu regulamento, a exigência de comprovação efetiva de uso do transporte público. Limitou-se, a lei, com declaração do beneficiário.
2. O ofício circular expedido pela universidade não poderia inovar na esfera de direitos do beneficiários do auxílio-transporte, expondo-se, assim, à ilegalidade.
3. Apelação e remessa oficial improvidas.
(TURMA Y. AMS 00017206320034036115. Rel. Juiz Convocado Wilson Zauhy. j. 25/5/2011 D.E. Publicado em 14/06/2011)

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

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AUXÍLIO-TRANSPORTE DEVIDO. AUTOMÓVEL PARTICULAR UTILIZADO POR SERVIDOR PÚBLICO PARA DESLOCAMENTO AO SERVIÇO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 1º DA MP 2.165-36. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA.
1. O Superior Tribunal de justiça firmou jurisprudência no sentido de que o servidor público que se utiliza de veículo próprio para deslocar-se ao serviço faz jus ao recebimento de auxílio-transporte, nos termos interpretados do art. 1º da MP n. 2.165-36/2001.
2. Não há falar em incidência da Súmula nº 10/STF ou em ofensa ao art. 97 da CF/1988, nos casos em que o STJ decide aplicar entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema, sem declarar inconstitucionalidade do texto legal invocado.
3. Agravo regimental não provido.
(STJ; AgRg-AREsp 436.999; Proc. 2013/0388480-1; PR; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 27/03/2014)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-TRANSPORTE. DESLOCAMENTO COM VEÍCULO PRÓPRIO DO SERVIDOR. POSSIBILIDADE.
1. Segundo a jurisprudência do STJ, o auxílio-transporte tem por fim o custeio de despesas realizadas pelos servidores públicos com transporte, através de veículo próprio ou coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual, relativas aos deslocamentos entre a residência e o local de trabalho e vice-versa. Precedentes do STJ.
2. Não há falar em incidência da Súmula nº 10/STF ou em ofensa ao art. 97 da CF/1988, nos casos em que o STJ decide aplicar entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema, sem declarar inconstitucionalidade do texto legal invocado.
3. Agravo regimental não provido.
(STJ; AgRg-REsp 1.418.492; Proc. 2013/0381009-7; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Benedito Gonçalves; DJE 03/11/2014)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 NÃO CONFIGURADA. AUXÍLIO-TRANSPORTE. DESLOCAMENTO COM VEÍCULO PRÓPRIO DO SERVIDOR. POSSIBILIDADE.
1. No que se refere à alegada afronta ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC, verifico que o julgado recorrido não padece de omissão, porquanto decidiu fundamentadamente a quaestio trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo tão somente porque contrário aos interesses da parte.
2. Segundo a jurisprudência do STJ, o auxílio-transporte tem por fim o custeio de despesas realizadas pelos servidores públicos com transporte, através de veículo próprio ou coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual, relativas aos deslocamentos entre a residência e o local de trabalho e vice-versa. Precedentes do STJ.
3. Agravo regimental não provido.
(STJ; AgRg-AREsp 471.367; Proc. 2014/0023525-6; RS; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 22/04/2014)

A jurisprudência desta Corte é no mesmo sentido:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557, 1º-A, DO CPC. FUNGIBILIDADE RECURSAL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.
1. Os embargos de declaração devem ser recebidos com o agravo previsto no § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil, recurso cabível para modificar decisão monocrática terminativa, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

2. Não merece prosperar o inconformismo da parte agravante, tendo em vista que a decisão recorrida foi prolatada em consonância com a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, o servidor que se utiliza de veículo próprio para deslocamento afeto ao serviço tem direito à percepção de auxílio-transporte.
3. Considerando que a parte agravante não conseguiu afastar os fundamentos da decisão agravada, esta deve ser mantida.
4. Embargos de declaração recebidos com o agravo legal, a que se nega provimento.
(TRF 3ª R.; EDcl-AC 0021214-41.2012.4.03.6100; Quinta Turma; Rel. Des. Paulo Fontes; DEJF 19/11/2015)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. AUXÍLIO-TRANSPORTE. MP 2.165-36/2001. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE.
1. Consta que *o apelado é professor da Universidade de São Carlos e que recebia auxílio-transporte referente a deslocamento de Campinas até São Carlos*. Em 21 de Setembro de 2007, houve, porém, após determinação do Tribunal de Contas da União, instauração de Processo Administrativo para apuração da efetiva realização diária de tal deslocamento, processo em que se concluiu que o valor do auxílio não era devido e se determinou a restituição dos valores que teria sido indevidamente pagos.
2. Quando à ilegitimidade passiva da União, tem razão a apelante. Com efeito, a relação estatutária de que se trata nos presentes autos se dá entre o autor e a Fundação Universidade Federal de São Carlos. UFSCar, sendo esta, portanto, a responsável pelo pagamento ou pela supressão do auxílio-transporte. Frise-se que a suspensão do pagamento do auxílio foi determinada pela Universidade, em processo administrativo por ela conduzido, não tendo o Tribunal de Contas da União feito m ais do que determinar que o referido processo administrativo fosse instaurado.
3. A possibilidade de concessão de auxílio-transporte com fundamento na MP 2.165/01 para o servidor que se utiliza de veículo próprio é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ.
4. No caso dos autos, a prova colhida durante a instrução revelou que o autor efetivam ente realizava o trajeto de sua residência em Campinas-SP até a cidade de São Carlos-SP, conforme destacado pelo juízo *a quo*. Dessa forma, é perfeitamente aplicável a ele o entendimento jurisprudencial do STJ.
5. Especificam ente em relação à forma com o a UFSCar vinha solicitando a prestação de contas em relação ao auxílio-transporte recebido por seus servidores, que este tribunal já a reconheceu ilegal.
6. Recurso de apelação da União a que se dá provimento para reconhecer sua ilegitimidade passiva. Recurso de apelação da Fundação Universidade Federal de São Carlos. UFSCar e reexame necessário aos quais se nega provimento.
(TRF 3ª R.; Ap-RN 0001650-65.2011.4.03.6115; Primeira Turma; Rel. Des. Luiz de Lima Stefanini; Julg. 27/10/2015; DEJF 18/11/2015)

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-TRANSPORTE. CONCESSÃO. SERVIDOR PÚBLICO. COMPROVAÇÃO. VEÍCULO PRÓPRIO. DESLOCAMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.
1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do c. STJ e deste e. Tribunal, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O auxílio-transporte foi instituído pela medida provisória nº 2.165. 36, de 23 de agosto de 2001 (cujos efeitos se prolongam por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001).
3. O artigo 6º da MP 2.165 /2001 estabeleceu que, para a concessão do auxílio-transporte basta a declaração firmada pelo servidor, na qual ateste a realização das despesas com transporte. Assim, considerando que a declaração do servidor goza nos termos da Lei, de presunção de

veracidade, afigura-se desnecessário que o mesmo apresente os bilhetes das passagens, em que pese o caráter indenizatório do auxílio-transporte.
4. Destarte, *escorado na isonomia e em face da natureza indenizatória da referida verba, pode o servidor se utilizar de veículo próprio para se deslocar ao serviço e fazer jus ao recebimento de auxílio-transporte. Ademais, o c. STJ e esta e. Corte já firmaram entendimento no sentido de que o servidor que se utiliza de veículo próprio para deslocamento afeto ao serviço tem direito à percepção de auxílio-transporte.*
5. Agravo improvido.
(TRF 3ª R.; AL-AI 0011799-93.2015.4.03.0000; SP; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva; Julg. 01/09/2015; DEJF 16/09/2015; Pág. 78)

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. AUXÍLIO-TRANSPORTE. NÃO UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE COLETIVO. EMPREGO DE VEÍCULO PRÓPRIO. DEVIDO.
1. *Mesmo aqueles servidores públicos que se utilizam de outras formas de transporte, que não o coletivo (como, por exemplo, o veículo próprio), também têm direito à percepção do auxílio-transporte; entendimento contrário, na visão do Superior Tribunal de justiça, seria discriminar injustificadamente (com base na mera natureza do transporte utilizado) aqueles servidores que, precisando deslocar-se até o local de trabalho, optam por fazê-lo mediante transporte próprio, ou mesmo não têm outra alternativa de locomoção. Necessário, pois, que a administração pública custeie parte de seus gastos com o transporte da residência ao trabalho e vice-versa.*
2. São ilegais os atos administrativos que exigem do autor a apresentação dos bilhetes de transporte utilizados, a título de comprovação de despesas.
3. As informações prestadas pelo servidor, mediante declaração, presumir-se-ão verdadeiras, sem prejuízo da apuração da responsabilidade administrativa, civil ou penal.
4. É reconhecido o direito à percepção do auxílio-transporte mesmo em relação àqueles servidores que se utilizam de veículo próprio, os quais não têm como comprovar despesas com transporte público.
5. Pedido procedente, condenando-se a união a restabelecer o auxílio-transporte em benefício do autor, bem como a pagar os valores atrasados, no montante de R$ 21.032,26, relativo ao auxílio-transporte devido até o mês de abril de 2011, além dos meses que se sucederem, até o efetivo restabelecimento da parcela. Correção monetária e juros de mora na forma da resolução nº 134/2010, do conselho da justiça federal.
6. Condenação da união ao de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa atualizado (CPC, art. 20, § 4º).
7. Apelação provida.
(TRF 3ª R.; AC 0000505-62.2011.4.03.6118; SP; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Nino Toldo; Julg. 23/06/2015; DEJF 30/06/2015; Pág. 766)

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

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

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
5017274-37.2018.4.03.0000

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

DECISÃO

Vistos.

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

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

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

> Vistos.
> O Estado de São Paulo e a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP, apresentam pedido de suspensão de tutela de urgência, concedida em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal em face da ARTESP.
> O Juízo de 1º grau de jurisdição concedeu a tutela de urgência postulada "para determinar a suspensão do processo de concorrência internacional nº 3/2016- SP-333, Lote Florínea-Igarapava". (fls. 26)
> Alegam os requerentes, em síntese, que a decisão liminar, tal e qual proferida, acarreta severo prejuízo à ordem e à economia públicas, máxime à constatação de que, abruptamente, promove-se a suspensão de sessão de habilitação de concorrência internacional há muito designada para o dia 22/02/2017, prejudicando a concorrência e afugentando potenciais investidores, o que pode trazer sério risco ao desenvolvimento regional e "adiamento indefinido de investimentos importantes e certos já previstos para o ano de 2017" (fls.09). Pede-se, ao cabo, concessão de medida de suspensão dos efeitos da decisão impugnada, de modo a viabilizar o prosseguimento do procedimento relativo à já citada Concorrência Internacional nº 03/2016.
> É o relatório. *Decido.*

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

Nos dizeres do Superior Tribunal de Justiça, "*A suspensão de segurança configura-se em medida processual de excepcionalidade absoluta*, uma vez que investe o Presidente do Tribunal competente de um poder extraordinário capaz de suspender a eficácia de uma liminar ou a própria execução de um mandado de segurança concedido. Diante da magnitude, inclusive constitucional, do mandado de segurança, que consubstancia instrumento processual célere destinado a viabilizar a defesa de direito líquido e certo de uma pessoa em face de eventual ação arbitrária do Estado, *a utilização do pedido de suspensão de segurança deve-se restringir a situações de extrema gravidade, sob pena de colocar em total descrédito o procedimento e a eficácia da ação mandamental*." (AgRg na SS nº 1.328, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, v.u., j. 19/05/04, DJ 07/06/04) - grifo e destaque meus.

As hipóteses de cabimento dessa estreita via processual são previstas em lei e, a princípio, divorciadas do mérito da causa. A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. REFINARIA. PETRÓLEO. ICMS. REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS.

1. A agravante não logrou infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão.

2. No presente caso, a manutenção do tratamento tributário diferenciado concedido à agravante pelo Decreto estadual 37.486/2005, revogado pelo Decreto estadual 40.578/2007, provoca o desequilíbrio da concorrência e dificulta a administração tributária estadual.

3. *Na suspensão de segurança não se aprecia, em princípio, o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.*

4. Agravo regimental improvido".

(STF, SS 3273 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie (Presidente), j. 16.04.2008, DJe 19.06.2008) - sublinhei.

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

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

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

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

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

premissas sobre as quais assentada a petição inicial, poderá o juízo *a quo*, desta vez em tutela definitiva, atuar com vistas a resguardar o interesse público coletivo patrocinado pelo MPF. Não há, enfim, risco a ser minimizado senão aquele que os requerentes estão a querer evitar por meio deste expediente.
Ante o exposto, *defiro* a suspensão dos efeitos da tutela de urgência concedida no bojo dos autos do Processo nº 0000400-96.2017.4.03.6111, autorizando, portanto, a realização da sessão de habilitação de concorrência internacional, relativa à Concorrência Internacional nº 03/2016, patrocinada pela ARTESP, agendada para o dia 22/02/2017.
Determino aos requerentes que, no prazo de 5 dias e sob pena de revogação desta decisão, colacionem a estes autos cópia integral da ação civil pública nº 0000400-96.2017.4.03.6111, de modo a promover a correta instrução deste feito.
Comunique-se ao Juízo de origem e intimem-se os requerentes.
Dê-se ciência à PRR.
Decorrido o prazo legal sem a interposição de recurso, arquive-se.
São Paulo, 21 de fevereiro de 2017.
CECÍLIA MARCONDES
Presidente

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

AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO DE LIMINAR - LICITAÇÃO - OBRA RODOVIÁRIA - RISCO À ORDEM ADMINISTRATIVA.
I - A suspensão de segurança não tem por fim rever toda e qualquer decisão proferida pelo juiz. O incidente, que tem por fim intrínseco proteger a Administração Pública, destina-se aos taxativos casos de flagrante ilegitimidade ou para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas;
II - Descabe, por conseguinte, alegações relacionadas ao mérito do litígio, como fixação do adequado valor da tarifa do pedágio a ser instalado na rodovia, bem como de temas que extrapolam o âmbito das matérias elencadas no rol do artigo art. 4º da Lei nº 8.437/92, como violação dos princípios da eficiência e da razoabilidade e da política de desenvolvimento urbano e da cidadania;
III - Não se está diante de uma licitação iniciada de opino pela Administração Pública. Em face do vulto da obra, o edital foi precedido de diversos estudos técnicos e econômicos realizados pela ARTESP, pelo Departamento de Estradas de Rodagem (DER), pela Secretaria de Logística e Transportes (SLT) e pela Corporação Financeira Internacional, braço do Grupo Banco Mundial. O edital de licitação já estava publicado há mais de 100 (cem) dias e o Ministério Público Federal optou por questioná-lo apenas poucos dias antes da sessão marcada para o recebimento das propostas;
IV - A paralisação do certame implica graves prejuízos à ordem administrativa, já que há necessidade da realização da obra para desafogar o tráfego e atender ao desenvolvimento regional, o que também proporcionará mais segurança logística e viária aos usuários;
V - O Poder Judiciário deve intervir com parcimônia nas decisões administrativas, agindo apenas em casos de manifesta ilegalidade, não lhe cabendo tomar o lugar do Poder Executivo na escolha das ações governamentais sob pena de violação ao fundamental princípio da separação dos poderes (artigo 2º da CF);
VI - Agravo regimental improvido.
(TRF3, Órgão Especial, Ag na SLAT nº 0001971-05.2017.4.03.0000, rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, 26.7.2017)

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

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

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

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

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

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

> Agravo de instrumento interposto pelo *Ministério Público Federal* contra decisão (Id 1963230 - págs. 77/79) que, em sede de ação civil pública, indeferiu a tutela provisória de urgência em caráter incidental requerida nos seguintes termos (Id 1963230 - págs. 31/50):
> 7.1. a concessão, inaudita altera parte, da tutela provisória de urgência cautelar para o fim de impor à ré a obrigação de não fazer consistente na suspensão da construção da praça de pedágio no KM 315 da Rodovia SP-333;
> 7.2. Caso não acolhido o pedido cautelar principal, requer o deferimento, inaudita altera parte, dos pedidos cautelares subsidiários, para o fim de impor à ré: *(i)* a implantação de 04 (quatro) placas indicativas às margens da praça de pedágio, sendo 02 (duas) em cada sentido, em local com a maior visibilidade possível, em que conste, em letras garrafais, o seguinte comunicado: "Guarde seu recibo. A construção de pedágio neste ponto da rodovia é objeto de questionamento pelo Ministério Público Federal na Ação Civil Pública nº 0000400-96.2017.403.6111, em trâmite pela Justiça Federal em Marília/SP"; e *(ii)* a implantação de 04 mecanismos de contagem volumétrica de veículos, sendo *(1)* um no início do trecho norte da BR-153 (KM 230); *(2)* um no Km 312 da SP-333; *(3)* um na própria praça de pedágio; e *(4)* um na balança do DER neste município, localizada no KM 341 da rodovia SP-333.
> 7.3. a fixação de multa diária para o caso de descumprimento da medida liminar, em valor não inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento, sem prejuízo da responsabilização penal dos representantes da ré;
> Sustenta a agravante, em síntese, que:

a) em relação ao pedido de tutela provisória principal:
a.1) inexiste óbice para a sua apreciação, concernente ao contrato de concessão celebrado, eis que as decisões proferidas na SLAT nº 0001971-05.2017.4.03.0000 restringiram-se à suspensão da tutela de urgência concedida nos autos de origem para o fim de obstar o trâmite da Concorrência Internacional nº 03/2016, a qual, inclusive, já alcançou seu termo final com a adjudicação do citado contrato pela agravada ENTREVIAS. A análise da existência dos pressupostos para a suspensão da liminar cingiu-se à potencial lesão do interesse público com a interrupção do trâmite da concorrência, de modo que a razão de decidir dessa decisão não é transponível para o efeito almejado pelo pedido de tutela cautelar, consistente na suspensão da construção de praça de pedágio. Conclui-se que o raciocínio do juízo *a quo*, no sentido de que qualquer ato que constitua desdobramento da Concorrência Internacional nº 03/2016 estará "blindado" pela suspensão deferida na citada SLAT, acarreta a extensão desarrazoada dos limites objetivos desse decisum e, consequentemente, restringe indevidamente o poder geral de cautela, em afronta ao princípio da proteção judicial efetiva;
a.2) está presente o fumus boni iuris, já que:
a.2.1) demonstrada a imaturidade dos estudos que deram suporte à estrutura tarifária da concessão do lote "Florínea – Igarapava" da SP-333, promovido pela ARTESP, ante a carência de consideração dos influxos mútuos com a concessão da BR-153 no âmbito do Município de Marília, bem como das vias municipais que circundam o ponto definido para construção da praça de pedágio e que podem figurar como rotas de fuga;
a.2.2) do estudo apresentado pela ARTESP pode-se extrair projeção de prejuízo ao erário e aos usuários dessas rodovias;
a.2.3) a agravada tem a intenção de fechar a Estrada Municipal MAR-114, o que decorre da má definição da praça de pedágio pela ARTESP, o que certamente acarretará prejuízos aos cidadãos que habitam imóveis lindeiros dessa via;
a.2.4) há desrespeito aos princípios da eficiência, da razoabilidade, da modicidade tarifária e da indisponibilidade do interesse público, em razão dos ditames da política de desenvolvimento urbano, bem como dos direitos à cidadania e à segurança viária da população da região de Marília;
a.3) há *periculum in mora*, consistente no risco iminente de que a ENTREVIAS dê cabo à construção da praça de pedágio alocada no KM 315 da SP-333, a qual já teve início, antes de pronunciamento judicial final nesta ação. A demora na obtenção de pronunciamento judicial que impeça tal construção causará grave prejuízo ao resultado útil do processo, porque a mudança da praça de pedágio do KM 315 para outro ponto fora do trecho de sobreposição da SP-333 com a BR-153 constitui objetivo primordial visado pelo Ministério Público Federal ao apresentar o pedido principal da ação civil pública, de modo que a edificação impedirá o seu remanejamento sem custos ao erário no caso de procedência do feito, com prejuízo à máxima efetividade da tutela jurisdicional;
b) quanto ao pleito subsidiário:
b.1) está configurado o perigo da demora, uma vez que a praça de pedágio estará apta ao início de sua operação em breve, consideradas a mão-de-obra e as horas de trabalho empregadas na construção e o processamento da ação principal, na qual a ARTESP tem prazo em dobro (art. 183, *caput*, do Código de Processo Civil);
b.2) está caracterizado o *fumus boni iuris,* que encontra respaldo na projeção comprovada de que a cobrança de pedágio na praça sem o uso da metodologia "ponto-a-ponto" acarretará injustiça tarifária ao universo de usuários da BR-153 que por lá passarão (o qual será superior a 7.000 por dia), bem como na extrema utilidade das medidas requeridas para a efetividade da execução de eventual título executivo judicial formado nos autos de origem.
Requer a antecipação da tutela recursal para que seja deferida a tutela de urgência e, por fim, o provimento do recurso nesses termos.
Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificada a concessão da providência pleiteada. Acerca da antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento, assim dispõe

o Código de Processo Civil:
"Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:
I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;
[...]"
Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da lei processual civil estabelecem:
"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.
§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.
§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão".
"Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
[...]
II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
[...]"
A outorga da antecipação da tutela recursal, portanto, é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifiquem, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.
In casu, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.
A demanda originária deste agravo de instrumento é uma ação civil pública que fora *deferida inicialmente tutela de urgência para determinar a suspensão do processo de Concorrência Internacional nº 3/2016 – SP-333, lote Florínea-Igarapava* (Id 1963220 - págs. 49/51). A Presidência deste tribunal, nos autos SLAT nº 0001971-05.2017.4.03.0000, deferiu a suspensão dos efeitos desse decisum (págs. 82/85 do mesmo Id) e, posteriormente, o Órgão Especial negou provimento ao agravo regimental interposto contra tal decisão, conforme a ementa que segue (Id 1963230 - págs. 4/5):
(...)
Posteriormente, o MPF apresentou, na instância a qua, o pedido de tutela de urgência provisória em caráter incidental objeto deste agravo de instrumento (Id 1963230 - págs. 31/50), indeferido pelos seguintes fundamentos (págs. 78/79 do mesmo Id):
(...)
I Pedido principal
Relativamente ao pedido principal, assiste razão ao agravante no sentido de que inexiste óbice à sua apreciação.
Os objetos da primeira tutela de urgência e o da segunda são distintos, uma vez que aquela tinha a finalidade de *suspender o andamento da licitação* e esta tem a de *suspender especificamente a construção da praça de pedágio indicada*. O fato de a edificação do pedágio decorrer do certame não desnatura essa distinção, notadamente considerado que foi finalizado com a concernente adjudicação e a assinatura do contrato administrativo (Id 1963228 - pág. 79/Id 1963229 - pág. 74). Não se pode, destarte, estender a decisão tomada em sede de suspensão

de tutela de urgência aos atos posteriores à concorrência, cuja realização era seu único fim. Está configurada, portanto, a probabilidade do direito quanto ao tema
Outrossim, está caracterizado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, uma vez que, como aponta o MPF, as obras da praça de pedágio já foram iniciadas (Id 1963219 - pág. 14) e a demora na obtenção de pronunciamento judicial que impeça tal construção causará grave prejuízo ao resultado útil do processo, porque a mudança da praça para outro ponto fora do trecho de sobreposição da SP-333 com a BR-153 constitui objetivo primordial visado pelo Ministério Público Federal ao apresentar o pedido principal da ação civil pública (Id 1963220 - págs. 34/35), com o que a edificação impedirá o seu remanejamento sem custos ao erário no caso de procedência do feito e haverá prejuízo à máxima efetividade da tutela jurisdicional.
Ressalte-se que, considerado que o juízo *a quo*, na decisão recorrida, não examinou o pleito principal por entender que seu pronunciamento implicaria atentado por ir de encontro ao que já se acha sob o abrigo de decisão de grau superior, não pode este tribunal avaliá-lo, sob pena de indevida supressão de instância, razão pela qual deve ser parcialmente deferida a tutela de urgência nesse ponto.
II Pedido subsidiário
No que diz respeito ao pedido subsidiário, ausente o *periculum in mora*. A mera possibilidade de conclusão das obras da praça do pedágio, com o que teria início sua operação, não configura um dano atual, presente e concreto. Alega o agravante que devem ser consideradas a mão-de-obra e as horas de trabalho empregadas na construção e o processamento da ação principal, na qual a ARTESP tem prazo em dobro (art. 183, *caput*, do Código de Processo Civil), o que não demonstra que a edificação será finalizada em breve. Registre-se que, se de fato as obras chegarem ao término antes da prolação da sentença, o MPF poderá comprovar a situação de real urgência ao juízo *a quo* e requerer a reanálise do pleito, o que ratifica a inexistência de dano neste momento.
Destarte, justifica-se a manutenção da decisão agravada.
Ante o exposto, com fulcro no artigo 1.019, inciso I, do Código de Processo Civil, *DEFIRO PARCIALMENTE a antecipação da tutela recursal*, a fim de que o juízo *a quo* examine o pedido principal da tutela provisória de urgência em caráter incidental apresentada pelo MPF às fls. 525/544 dos autos originários.
Comunique-se ao juízo de primeiro grau para que dê cumprimento à decisão.
Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, da lei processual civil. Posteriormente, à vista de que se trata de agravo de instrumento dependente de ação civil pública, intime-se o Ministério Público Federal que oficia no segundo grau para oferecimento de parecer como fiscal da lei, conforme o inciso III do mesmo dispositivo.
Publique-se.

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

Veja-se, a propósito, *ipsis verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

em julgado da decisão de mérito na ação principal".

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

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

> Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.
> § 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o *caput* deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.
> § 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1o deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.
> § 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.
> § 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.
> § 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.
>
> Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.
> § 1º - O Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral quando não for o requerente, em igual prazo.
> § 2º - Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental.
> § 3º - A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado.
>
> Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas

contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.
§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.
§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3o resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4o, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001).

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.
§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.
§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> Não bastasse a apuração de seu valor exigir cálculos complexos, o Contrato de Concessão, no dever legal de manter o equilíbrio financeiro do Contrato de Concessão, veda o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro por meio de prorrogação do prazo de vigência da concessão antes de decorridos dois primeiros ciclos de revisão ordinária, conforme Cláusula 23.3 combinada com Cláusula 23.1, alínea 'i': 23.1.
> O PODER CONCEDENTE terá a prerrogativa de escolher a modalidade pela qual será implementada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, em especial, mas não exclusivamente, dentre as seguintes modalidades: i. Prorrogação ou redução do PRAZO DA CONCESSÃO; ii. Revisão no valor da TARIFA QUILOMÉTRICA; iii. Ressarcimento ou indenização; iv. Alteração do PLANO ORIGINAL DE INVESTIMENTOS ou do PLANO DE INVESTIMENTOS vigente; v. Revisão dos valores de OUTORGA fixa ou variável; vi. Combinação das modalidades anteriores ou outras permitidas pela legislação, a critério do PODER CONCEDENTE e observada a Cláusula 23.2. 23.3. Observado o regramento estabelecido neste CONTRATO, a ARTESP somente poderá se utilizar da extensão de PRAZO DA CONCESSÃO como meio para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, descrito na alínea "i" da Cláusula 23.1. acima, a partir do terceiro ciclo de REVISÕES ORDINÁRIAS de que tratam esse CONTRATO, sendo certo que para as duas primeiras REVISÕES ORDINÁRIAS, eventuais desequilíbrios observados e tratados no procedimento de tais REVISÕES ORDINÁRIAS somente poderão ser recompostos pelos demais meios estabelecidos nesta Cláusula; (g.n.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Suspensão de liminar (deferimento). Agravo regimental. Pedágio. Via alternativa. Impedimento de cobrança. Desequilíbrio econômico-financeiro. Afronta ao interesse público. Recurso improvido.
– Impedir a cobrança de pedágio – principal fonte de arrecadação da concessionária – dos usuários da rodovia principal até que a agravada proceda à melhoria da via alternativa tem potencial de causar desequilíbrio econômico-financeiro.
– Ao contrário dos pagantes que mantiverem seus recibos para garantir eventual ressarcimento, a concessionária não terá como recuperar o valor dos pedágios que deixar de recolher.
– Sem a receita advinda do preço público, a manutenção das rodovias de responsabilidade da concessionária restará comprometida, redundando em risco à segurança dos usuários, o que afronta o interesse público.
– Agravo improvido
(STJ, Corte Especial, AgRg na SL 34/PR, Rel. Min. Nilson Naves, 20.9.2004)

SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDÁGIO. REDUÇÃO DO PREÇO. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. OCORRÊNCIA.
No âmbito do pedido de suspensão de medida liminar, em que não há dilação probatória, havendo controvérsia a respeito das regras do edital, prevalece a posição da Administração Pública face a presunção de legitimidade do ato administrativo.
Agravo regimental não provido.
(STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 1.240/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 6.6.2011)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSIONÁRIA ROTA DO OESTE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DA REQUERENTE REJEITADA. SUSPENSÃO DE COBRANÇA DE TARIFAS DE PEDÁGIO POR DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. SUSPENSÃO DA TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. O Superior Tribunal de Justiça reconhece, excepcionalmente, legitimidade ativa para propositura de pedido de suspensão de liminar às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviço público), quando na defesa do interesse público primário, ou seja, apenas quando buscam tutelar bens relacionados, diretamente, ao interesse público (AgRg no AREsp 50887/AM, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 12/02/2016). Preliminar rejeitada.
2. *In casu*, a interferência do Poder Judiciário é capaz de causar grave lesão à ordem, a segurança e à economia públicas, visto que a concessionária não tem como recuperar os valores de pedágio não pagos, em razão da liminar concedida em Primeira Instância, o que pode comprometer a capacidade de se realizar satisfatoriamente os investimentos indispensáveis à preservação da segurança dos usuários da rodovia.
3. Os usuários, por outro lado, na medida em que interessados na recuperação desses valores, e cuja devolução venha a ser eventualmente determinada, podem, para esse fim, conservar a posse dos bilhetes pagos a título de pedágio. Verifica-se, portanto, o *periculum in mora* inverso.
4. As alegações do agravante não são suficientes para infirmar ou ilidir as razões que fundamentaram a decisão agravada, uma vez que a possibilidade de grave lesão à ordem pública ficou devidamente configurada, bem como o potencial lesivo à economia e à segurança públicas.
5. Agravo regimental não provido.
(TRF1, Corte Especial, Ag na SLAT nº 0018552-86.2016.4.01.0000, rel. Des. Fed Hilton Queiroz, 6.3.2017)

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

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

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

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

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

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

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

Intimem-se.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

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

São Paulo, 27 de julho de 2018.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Presidente

Direito Ambiental



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0004747-89.2009.4.03.6100
(2009.61.00.004747-1)

Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Apelados: LÍVIA RODRIGUES DA SILVA E LUCIANO ANTAS BUGALHO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: ApReeNec 322492
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2018

EMENTA

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

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

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de junho de 2018.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

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

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

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

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

> A ave foi doada já doente para a proprietária em meados de julho de 2002. Na ocasião, a ave apresentava ausência de penas (áreas aptéricas) em região correspondente a ambos os membros pélvicos e em região peitoral. Haviam lesões ulcerativas compatíveis com dermatite bacteriana em membros pélvicos.
> Foram realizados vários tratamentos com antibióticos, havendo melhora parcial do quadro com consequentes recidivas. Após 1 ano de tratamento, com uso de colares que evitassem a ave bicar a região e agravar o quadro, foi decidido fazer tratamento homeopático.
> Em 2007, a ave recebeu vários medicamentos, com continuidade por todo o ano de 2008. O acompanhamento está sendo através de consultas agendadas juntamente com o Prof. Nilson Benites, da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo. A ave apresenta atualmente dependência das medicações para se manter estável. O animal ainda permanece em tratamento e acompanhamento mensal. A ave não tem condições de ser solta no meio ambiente, pois não apresenta empenamento para o voo (...)

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

> A ave foi doada para a proprietária em janeiro de 2003, apresentando ausência do bico superior. O animal veio filhote, com dificuldades em se alimentar e com infecção ao redor das narinas. Na ocasião recebeu antibioticoterapia e alimentação forçada através de papas para filhotes de papagaio encontradas no mercado, a ave recebe papara de filhote até hoje. A alimentação é dada através de seringas, diretamente no bico, 3 vezes ao dia, porque a ave apresenta dificuldade em se alimentar sozinha.
> A interação do animal com os proprietários é muito boa, estando atualmente com boa conformação de musculatura peitoral (bem nutrida) e empenamento completo. A ave não poderá participar dos programas de soltura, pois não apresenta parte do bico, o que é essencial para a sobrevivência da espécie em vida livre.

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

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

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

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

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

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

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

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

Confira-se:

> PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AMBIENTAL. GUARDA DOMÉSTICA DE PAPAGAIOS. ANIMAIS ADAPTADOS AO CONVÍVIO DOMÉSTICO. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA POSSE. AGRAVO INTERNO DO IBAMA DESPROVIDO.
> 1. Esta Corte Superior consolidou entendimento da possibilidade de manutenção de animal silvestre em ambiente doméstico quando já adaptado ao cativeiro por muitos anos, em especial, e quando as circunstâncias fáticas não recomendarem o retorno ao seu habitat natural, como ocorreu no caso dos autos. Precedentes: AgInt no REsp. 1.389.418/PB, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 27.9.2017; AgInt no REsp. 1.553.553/PE, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 28.8.2017.
> 2. Agravo Interno do IBAMA desprovido.
> (AgInt no AREsp 668.359/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017)

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. APREENSÃO DE ANIMAL. LONGO CONVÍVIO EM AMBIENTE DOMÉSTICO. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APLICABILIDADE.
> 1. Inviável a análise de infringência aos dispositivos legais tidos por malferidos de forma dissociada dos elementos que o Tribunal *a quo*, à luz do acervo fático-probatório da causa, considerou como predominantes e preponderantes para a solução da controvérsia, no caso, a longa permanência da ave no convívio doméstico com a autora, a ausência de maus-tratos e o evidente prejuízo ao animal na hipótese de reintegração ao seu habitat natural. Incidência da Súmula 7/STJ.
> 2. Esta Corte em diversos precedentes firmou entendimento segundo o qual, em casos como os tais, não se mostra plausível que o direito à apreensão do animal dê-se exclusivamente

sobre a ótica da estrita legalidade. Há que se perquirir, como bem ponderaram as instâncias ordinárias, sobre o propósito e finalidade da Lei Ambiental que sabidamente é voltada à melhor proteção do animal. Desse intuito não se afastou o aresto recorrido quando considerou que - diante da peculiaridade do caso concreto e em atenção ao princípio da razoabilidade - deva a ave permanecer no ambiente doméstico do qual jamais se afastou em 15 anos.
3. Rechaçadas as afirmações do Ibama relativas à eventual desvirtuamento da finalidade da Lei Ambiental atribuídas a este Relator e, por conseguinte, desta Casa de Justiça. A prestação jurisdicional que se exige volta-se exclusivamente ao caso concreto - esse suficientemente examinado e decidido à luz do direito aplicável e com base em jurisprudência consolidada desta Corte Superior.
4. O entendimento contrário a tese do insurgente não autoriza a conclusão de que os institutos legais protetivos à fauna e flora tenham sido maculados, tampouco que haja chancela ou mesmo autorização para o cativeiro ilegal de aves silvestres como aduz o agravante. Tais argumentações, além de digressivas, revelam-se inoportunas pois evocam temas e debate alheio ao presente feito, a não merecer amparo porquanto evidentemente desprovidas de fundamentação concreta.
5. Agravo interno a que se nega provimento.
(AgInt no REsp 1389418/PB, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 27/09/2017)

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. APREENSÃO DE AVE SILVESTRE. CONVIVÊNCIA POR VINTE E DOIS ANOS. MANUTENÇÃO DA GUARDA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
I. Não há omissão no acórdão recorrido, quando o Tribunal de origem pronuncia-se, de forma clara e precisa, sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Precedentes.
II. O Tribunal *a quo*, soberano na análise do material cognitivo produzido nos autos, entendeu que, em face das peculiaridades do caso concreto, deve ser aplicado o princípio da razoabilidade, já que a ave convive com a recorrida há mais de vinte e dois anos, está completamente adaptada ao convívio e ambiente humanos, "sendo esse agora o seu verdadeiro habitat, afigurando-se improvável o sucesso da reintrodução do pássaro no mundo selvagem". Acrescentou, ainda, que a parte autora "adquiriu a ave antes do advento de qualquer norma proibitiva, agindo, na época, em conformidade com a legislação ambiental e com a cultura local" e, "após o advento da proibição, procurou, de boa-fé, regularizar a sua situação perante o órgão ambiental, quando, somente naquela ocasião, a autarquia teve conhecimento do suposto ilícito"; e que "a relação de afeto entre a apelada e o animal já dura mais de 20 anos e consta nos autos informações de que o pássaro recebe um tratamento adequado". Nesse contexto, a inversão do julgado exigiria, inequivocamente, incursão na seara fático-probatória dos autos, inviável, na via eleita, a teor do enunciado sumular 7/STJ.
III. Agravo Regimental desprovido.
(AgRg no AREsp 333.105/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 01/09/2014)

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. APREENSÃO DE MACACO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 1º DA LEI 5.197/1997 E DO ART. 25 DA LEI 9.605/1998. INEXISTÊNCIA.
1. Hipótese em que foi assegurada a posse do impetrante sobre uma fêmea de "macaco-barrigudo", mantida em cativeiro doméstico por mais de 19 (dezenove) anos e apreendida pelo Ibama por falta de autorização.
2. O Tribunal Regional afastou a necessidade de dilação probatória e manteve a sentença

concessiva da segurança com base nas peculiaridades do caso concreto, sobretudo a dificuldade de adaptação do animal a um novo habitat; o bom estado de saúde demonstrado pelo boletim de ocorrência, o laudo médico e demais documentos colacionados aos autos pelo impetrante; e a relevância do interesse humano envolvido, considerando que a criação da primata pelo longo período gerou vínculo afetivo com a família, em especial com uma pessoa com deficiência mental.
3. A fauna silvestre, constituída por animais "que vivem naturalmente fora do cativeiro", conforme expressão legal, é propriedade do Estado (isto é, da União) e, portanto, bem público. *In casu*, ainda que não se possa afirmar tratar-se de animal totalmente domesticado, o longo período de vivência em cativeiro doméstico mitiga a sua qualificação como silvestre.
4. Inexiste violação do art. 1º da Lei 5.197/1997 e do art. 25 da Lei 9.605/1998, pois a hipótese em análise é sui generis e legitima as razoáveis ponderações feitas pelo julgador ordinário para assegurar o direito à manutenção da posse da macaca com o impetrante e sua família. Não se pode olvidar que a legislação deve buscar a efetiva proteção dos animais, finalidade observada pelo julgador ordinário. Incidência da Súmula 7 do STJ.
5. Recurso Especial não provido.
(RESP 1.085.045, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 04/05/2011)

No mesmo sentido é o entendimento desta E. Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR. CRIAÇÃO DOMÉSTICA DE AVE SILVESTRE - PAPAGAIO "NÊGO" (AMAZONA AESTIVA) - SEM A DEVIDA PERMISSÃO, LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE. PRETENSÃO DA FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL EM VÊ-LA DEVOLVIDA À VIDA SELVAGEM OU ENTREGUE A ZOOLÓGICO: DESPROPÓSITO, NA SINGULARIDADE DO CASO (AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE). ANIMAL JÁ DOMESTICADO E MUITÍSSIMO BEM TRATADO POR PESSOA QUE LHE DEDICA AFETO E DISPENDIOSOS CUIDADOS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO IBAMA REJEITADA. RECURSO DO AUTOR PROVIDO.
1. A diligência que foi levada a efeito por equipe de policiamento ambiental do Estado de São Paulo, resultou na autuação (multa) e apreensão de quatro aves silvestres, dentre as quais o papagaio "Nego", por infração ao artigo 25, § 3º, inciso III, da Resolução SMA nº 48/2014 - ter em cativeiro espécies da fauna nativa silvestre sem autorização do órgão ambiental competente. Referida norma infralegal da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo dispõe sobre as condutas infracionais ao meio ambiente e suas respectivas sanções administrativas, em regulamentação à Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, ao Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008, e ao Decreto Estadual nº 60.342, de 04 de abril de 2014. Logo, não se afigura descabida a indicação do IBAMA como parte passiva, até porque remanesce interesse quanto à manutenção e guarda definitiva do pássaro. Nada impede, porém, que o tema seja detidamente analisado no feito originário, oportunizado o contraditório.
2. Os documentos acostados aos autos (auto de infração ambiental e anexos) demonstram que a ave não sofria maus tratos e nem há indícios de que os agravantes desenvolvam atividade econômica ligada à comercialização de aves silvestres.
3. Na singularidade, a devolução da ave - aclimatada a um suave cativeiro, sem sofrer maus tratos e sendo bem cuidada - ao seu habitat natural ou mesmo a entrega a zoológicos não seria razoável tendo em vista que já está adaptada ao convívio doméstico há muito tempo; já perdeu o contato com o habitat natural (se é que algum dia o teve) e estabeleceu laços afetivos com os agravantes, de modo a tornar a mudança arriscada para a sobrevivência da ave, com perigo de frustração da suposta readaptação.
4. Ao Judiciário cabe também aplicar a lei atendendo a seus fins; a legislação ambiental específica dos animais busca a proteção deles, e de modo algum a ave carinhosamente chamada de "nêgo" estaria melhor se lançada à sanha de seus predadores ou aprisionada em zoológico.

Destarte, deve ser, mesmo que excepcionalmente, reconhecido o direito da parte agravante de permanecer na posse e propriedade da ave indicada na peça inicial.
5. Preliminar arguida em contraminuta rejeitada. Agravo de instrumento provido.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 571690 - 0027849-97.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 21/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/08/2016)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IBAMA. GUARDA DE ANIMAL SILVESTRE. FINALIDADE MAIOR DAS NORMAS AMBIENTAIS É PROTEÇÃO DOS ANIMAIS. AVE ADAPTADA HÁ ANOS AO AMBIENTE DOMÉSTICO. APELAÇÃO DESPROVIDA. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.
1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes para não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - *caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo.
2. A questão posta nos autos diz respeito a pedido de reconhecimento de guarda definitiva de ave silvestre por parte de Catarina Maria Cajueiro de Carvalho Cayres, em razão de negativa de renovação de Termo de Depositário Voluntário de Animais Silvestres pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, com requisição de imediata devolução dos pássaros.
3. A Juíza *a quo* entendeu pelo direito da autora de permanecer com a ave. A autarquia ré, em suas razões recursais, devolveu toda matéria a este E. Tribunal.
4. Pois bem, não obstante o apelante tenha fundamentado o indeferimento do pedido de renovação do Termo de Depositário Voluntário de Animais Silvestres, com base na Resolução CONAMA 384/2006, dentre outros pontos, afirmando que os papagaios não são provenientes de apreensão dos órgãos ambientais, a prova documental trazida aos autos é indicativa de que os pássaros estão adaptados ao ambiente doméstico, pois permaneceram com a autora, por quase trinta anos, tendo a ré, inclusive, conhecimento sobre essa posse desde 1999, quando a requerente buscou regularizar a situação.
5. Note-se, ainda, que a intervenção estatal, "in casu", deve-se mostrar apta a atingir os objetivos pretendidos. A finalidade maior das normas ambientais aplicáveis à questão é a maior proteção aos animais silvestres. Logo, a devolução destes à natureza depois de tantos anos revela-se desproporcional aos objetivos pretendidos pela autarquia ambiental.
6. A hipótese diferencia-se da situação na qual os animais são custodiados de forma ilícita, ainda não plenamente adaptados ao ambiente doméstico, quando a devolução destes ao ambiente natural não gera problemas de adaptação, mas apenas lhes devolve ao seu verdadeiro habitat.
7. No mais, pacificou-se a jurisprudência no sentido da necessidade de uma análise específica para cada caso concreto, no que tange à apreensão de aves adaptadas ao ambiente doméstico.
7. Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada em nossas cortes superiores acerca da matéria. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática.
8. Agravo legal desprovido.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1843078 - 0004215-17.2011.4.03.6110, Rel. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, julgado em 10/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/03/2016)

Ante o exposto, nego provimento ao apelo e à remessa oficial.

Sem condenação em honorários advocatícios a teor das Sumulas 512 do STF e 105 do STJ.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE:

Remessa oficial e apelação do IBAMA contra sentença por meio da qual foi concedida a segurança e confirmada a liminar para manter a impetrante na condição de fiel depositária de duas aves (*Amazona Aestiva*, da família dos papagaios verdadeiros).

O eminente Relator negou provimento ao recurso e à remessa oficial por entender que "as peculiaridades do caso indicam que a medida mais adequada a atender esses fins é a manutenção das aves sob custódia da impetrante e de sua família" e que "situações fáticas submetidas à apreciação do Poder Judiciário devem ser analisadas sempre à luz do princípio da razoabilidade, de modo que em se tratando de aves que comprovadamente estão sob a guarda da impetrante há muitos anos, supõe-se que a reintrodução dos animais ao meio ambiente seria improvável, devendo também ser considerada a relação de afeto da impetrante com os animais". Com a devida vênia, divirjo.

A vocação natural das espécies silvestres é viverem livres em seu *habitat*. O cativeiro por longo período - situação de ilegalidade - não pode legitimar seu depósito.

Aves não existem para viver em casa de família. A consciência ambiental exclui noções de propriedade ou posse. A afeição do ser humano a elas não justifica privá-las de liberdade. A proteção ambiental pressupõe que se respeite a fauna no seu *habitat* natural.

Ante o exposto, *dou provimento ao apelo e à remessa*, a fim de denegar a ordem e cassar a liminar. Sem honorários, *ex vi* do artigo 25 da Lei nº 12.016/09.

É como voto

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0001315-26.2014.4.03.6120
(2014.61.20.001315-4)

Apelantes: LEGUS AGROINDUSTRIAL LTDA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: Ap 2075277
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2018

EMENTA

CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO DE REGRESSO MOVIDA PELO INSS CONTRA EMPREGADORA RESPONSÁVEL PELO ACIDENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA AO SAT. NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ART. 120 DA LEI 8.213/91. CULPA DA RÉ DEMONSTRADA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. FUNDO DE DIREITO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 85/STJ. HONORÁRIOS. ARBITRADOS NOS MOLDES DO ART. 20, §3º, DO CPC/73.
1. O Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento no sentido de que, pelo princípio da isonomia, o prazo prescricional quinquenal das ações indenizatórias contra a Fazenda Pública, previsto pelo art. 1º do Decreto n. 20.910/32, deve ser aplicado às hipóteses em que a Fazenda Pública é autora, como nas demandas que visam restituição ao erário. (AGARESP 201502117333, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 16/11/2015); (AgRg no REsp 1.423.088/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/5/2014, DJe 19/5/2014); (EDcl no REsp 1.349.481/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 3/2/2014).
2. Conforme se verifica do art. 120 da Lei nº 8.213/91, o fundamento da ação regressiva proposta pela Previdência Social em face daquele que negligencia as normas padrões de segurança e higiene do trabalho é a concessão do benefício acidentário. Assim, da data de início do benefício previdenciário (19/11/2009), oportunidade que o instituto apelante já dispunha de todos os elementos para a propositura da ação, até o ajuizamento da demanda (14/02/2014), não havia transcorrido o prazo prescricional de cinco anos.
3. Não se aplica ao caso a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a relação jurídica de trato sucessivo dá-se, tão somente, entre o segurado ou seus dependentes e a Previdência, consubstanciada na prestação devida a título de benefício decorrente do acidente de trabalho. Logo, permanece incólume a pretensão ressarcitória do INSS.
4. A imposição de ressarcimento do INSS de valores pagos a título de benefícios acidentários, em casos de atuação negligente do empregador, não se confunde com o pagamento do SAT para o custeio geral dos benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho relativamente a riscos ordinários do empreendimento. (REsp 1666241/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em

27/06/2017, DJe 30/06/2017).
5. Ação regressiva ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) visando ao ressarcimento dos valores já despendidos a título de pagamento de benefício previdenciário, bem como dos valores que ainda serão destinados a tal fim, em decorrência de acidente de trabalho ocorrido por culpa do empregador.
6. A empresa deve responder, em sede de ação regressiva, pelos valores pagos pela Autarquia Previdenciária nos casos em que o benefício decorra de acidente laboral ocorrido por culpa da empresa pelo descumprimento das normas de higiene de segurança do trabalho. (art. 19, § 1º c/c art. 120, da Lei nº 8.213/91).
7. Da análise do conjunto probatório, impõe-se a conclusão de que a Ré incorreu em descumprimento de normas regulamentares de segurança do trabalho, sendo, portanto, devido o ressarcimento ao INSS do valor do benefício previdenciário pago ao segurado.
8. Segundo consta dos autos, o segurado, contratado da empresa "LEGUS" para a função de Auxiliar de Produção, sofreu acidente de trabalho fatal nas dependências da empresa ao ser atingido por descarga elétrica no instante em que operava máquina seladora de embalagem plástica.
9. Após inspeções físicas no local do acidente, oitivas de pessoas presentes e auditagem de documentos, o Auditor Fiscal do Trabalho indicou diversas irregularidades relacionadas à negligência da empresa, que deixou de adotar as cautelas indispensáveis para a antecipação dos riscos do acidente.
10. Apontou no "Relatório de Análise de Acidente Fatal" para a falta de aterramento elétrico da máquina em que ocorreu o acidente, partes vivas expostas do circuito elétrico, ausência de manutenção preventiva de máquinas e equipamentos da empresa e inadequação das instalações.
11. A empresa não adotou medidas básicas de segurança na manutenção dos equipamentos empregados na sua atividade, as quais, certamente, poderiam evitar o acidente. Omitiu-se de seus deveres legais, permitindo que seu empregado operasse máquina seladora sem condições de funcionamento, sem aterramento elétrico, em contato com piso molhado, com cabo de força displicentemente emendado com "fita isolante".
12. Os testemunhos dos funcionários à autoridade policial competente corroboram a negligência da "LEGUS", a falta de fiscalização no ambiente de trabalho, a ausência de manutenção adequada das máquinas e a adoção de medidas paliativas por responsáveis da manutenção.
13. Diversas violações cometidas pela empresa contribuíram decisivamente para o episódio e comprovam a negligência da empresa no caso quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual dos seus empregos. Portanto, o ressarcimento do valor do benefício de pensão por morte do segurado ao INSS é medida que se impõe.
14. Quanto ao pedido de indeferimento de constituição de capital nos termos do art. 475-Q do CPC/73, não conheço do recurso da ré, porquanto não integra pedido do INSS.
15. Nos casos em que há condenação a pagamento de valores, a verba honorária deve ser fixada com base nesse montante, observando o que dispõe o art. 20, § 3º do CPC/73. (REsp 469.557/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 24/05/2010).
16. Recurso de Apelação da ré conhecido em parte e não provido e Apelação do INSS provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *conhecer parcialmente* e, na parte conhecida, *negar provimento* ao recurso de apelação da LEGUS AGROINDUSTRIAL LTDA e *dar provimento* à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de junho de 2018.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator):

Trata-se de ação regressiva ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com base nos artigos 120 e 121 da Lei nº 8.213/91, em desfavor de LEGUS AGROINDUSTRIAL LTDA, objetivando o ressarcimento dos valores despendidos com o pagamento de benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho sofrido por Sr. Willian dos Santos Paixão, supostamente por negligência da empresa no cumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho.

Sobreveio sentença proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Araraquara/SP, que concluiu pela procedência do pedido, condenando a empresa a ressarcir ao INSS os valores pagos até a propositura da ação e as parcelas vindouras a título de benefício de pensão por morte, valores devidamente corrigidos pela Taxa SELIC. Condenou a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais). (fls. 1.142/1.145)

O INSS apela. Requer, basicamente, a majoração dos honorários advocatícios, para que seja fixado com base no valor da condenação, nos moldes estabelecidos pelo art. 20, § 3º do CPC/73. (fls. 1.147/1.149)

A "LEGUS" insurge-se também contra a sentença. Sustenta, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição trienal, nos termos do art. 206, §3º, V, do CC/02. No mérito, aduz que o direito regressivo do INSS em reembolsar valores pagos ao segurado e o pagamento de contribuição previdenciária ao SAT, exação criada para suportar os custos das contingências acidentárias, configura *bis in idem*; e, em ordem sucessiva, requer o reconhecimento de culpa exclusiva da vítima, ou então, a declaração de culpa concorrente pela ocorrência do evento danoso. Subsidiariamente, pleiteia a fixação de termo *a quo* da obrigação de ressarcimento tão somente a partir da data da propositura da ação e a improcedência de constituição de capital nos termos do art. 475-Q do CPC/73. (fls. 1.150/1.163)

Com contrarrazões (fls. 1.169/1.172; 1.173/1.175), subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator):

Da constituição de capital

Quanto ao pedido de indeferimento de constituição de capital nos termos do art. 475-Q do CPC/73, não conheço do recurso, porquanto não integra pedido do INSS. (vide exordial)

Da prescrição

Inicialmente, consigno que a ação regressiva de danos decorrentes de acidente do trabalho, não é imprescritível, não se aplicando ao caso a norma constante do artigo 37, §5º, da Constituição Federal, *in verbis*:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> ...
> § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Isso porque o dispositivo constitucional em tela estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em relação aos "ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não".

Na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 581), agente público é gênero de que são espécie os agentes políticos, os servidores públicos (estatutários, empregados ou temporários), os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público (por delegação, mediante requisição, nomeação ou designação ou como gestores de negócio).

Depreende-se, portanto, que a regra aplica-se aos ilícitos praticados por agentes públicos em sentido amplo, ou seja, qualquer agente que haja em nome do Poder Público, abrangendo servidores, todos os que ocupam cargos na Administração, os particulares agindo por delegação e ainda os particulares que agem em concurso com agentes públicos.

Em vista disso, tratando-se de exceção à regra geral da prescrição, atinente às normas constitucionais aplicáveis à Administração Pública, não há como emprestar à referida norma interpretação extensiva, de forma a alcançar quem não seja agente público.

Assim, como a apelada não se encontrava investida de função pública quando da prática do alegado ilícito, a ela não se aplicam as disposições do artigo 37, §5 º, da Constituição Federal, quanto à imprescritibilidade das ações de ressarcimento.

Quanto ao prazo prescricional aplicável à espécie, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento no sentido de que, pelo princípio da isonomia, o prazo prescricional quinquenal das ações indenizatórias contra a Fazenda Pública deve ser aplicado aos casos em que a Fazenda Pública é autora, como nas ações regressivas por acidente de trabalho:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS CONTRA O EMPREGADOR. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESCRIÇÃO.
> 1. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.251.993/PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, assentou a orientação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública é quinquenal, conforme previsto no art. 1º do Decreto-Lei 20.910/1932, e não trienal, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC/2002.
> 2. A jurisprudência é firme no sentido de que, pelo princípio da isonomia, o mesmo prazo deve ser aplicado nos casos em que a Fazenda Pública é autora, como nas ações de regresso acidentária. Precedentes: AgRg no REsp 1.423.088/PR, Rel. Ministro Humberto Martins,

Segunda Turma, DJe 19.5.2014; AgRg no AREsp 523.412/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26.9.2014; e AgRg no REsp 1.365.905/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25.11.2014.
3. "A natureza ressarcitória de tal demanda afasta a aplicação do regime jurídico-legal previdenciário, não se podendo, por isso, cogitar de imprescritibilidade de seu ajuizamento em face do empregador" (AgRg no REsp 1.493.106/PB, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 15.12.2014).
4. O Tribunal *a quo* consignou que o acidente de trabalho ocorreu em 14.12.2001 e o INSS concedeu benefício de pensão por morte à dependente do segurado acidentado, o que vem sendo pago desde 1º.1.2002. A propositura da Ação de Regresso ocorreu em 2.6.2010 (fl. 524, e-STJ). Assim, está caracterizada a prescrição.
5. O agravante reitera, em seus memoriais, as razões do Agravo Regimental, não apresentando nenhum argumento novo.
6. Agravo Regimental não provido.
(STJ, AgRg no AREsp 639.952/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 06/04/2015).

Compartilha do entendimento a Primeira Turma deste Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA. INSS. PRESCRIÇÃO. QUINQUENAL. DECRETO N. 20.910/32. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. NATUREZA CIVIL DA REPARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. APELO DESPROVIDO.
1- A hipótese é de ação regressiva proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face de ex-empregador, objetivando o ressarcimento dos valores pagos pela Autarquia relativos a benefícios acidentários, em função de suposta negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho (Art. 120 da Lei 8.213/90).
2- A imprescritibilidade prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, refere-se ao direito da Administração Pública de obter o ressarcimento de danos ao seu patrimônio decorrentes de atos de agentes públicos, servidores ou não. Tal hipótese é taxativa e, por se tratar de exceção à regra da prescritibilidade, não pode ser ampliada com o escopo de abarcar a ação de reparação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social- INSS, cuja natureza é nitidamente civil.
3- Em razão do princípio da especialidade, o prazo de prescrição das ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública é de cinco anos, consoante dispõe o art. 1º do Decreto n. 20.910/32, que não foi revogado pelo Código Civil (lei geral) em vigor. Precedente: REsp 1.251.993/PR, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, submetido ao rito dos recursos repetitivos, conforme o disposto no art. 543-C do CPC.
4- Em sintonia com o entendimento esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça e em observância ao princípio da isonomia, o prazo prescricional aplicável às hipóteses em que a Fazenda Pública é autora (como *in casu*) deve ser o quinquenal. Precedentes.
5- Nos termos do art. 120 da Lei n. 8.213/91, o fundamento da ação regressiva é a concessão do benefício acidentário em caso de negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho.
6- Assim, a partir da data do início do benefício surge para o INSS a pretensão de se ver ressarcido dos valores despendidos para o pagamento das prestações mensais em favor do segurado ou seus dependentes.
7- Não há como se acolher a tese da Autarquia Previdenciária no sentido de que a prescrição não atingiria o fundo de direito, mas, tão-somente, as prestações vencidas antes do qüinqüênio que antecede o ajuizamento da ação regressiva. Isto porque a natureza da reparação buscada é civil e, portanto, tem como fundamento o ato ilícito do empregador (inobservância

das normas de segurança e higiene do trabalho) que gerou o dano (concessão do benefício).
8- A relação jurídica entre o INSS e o empregador negligente, diferentemente daquela existente entre o INSS e o segurado, não possui trato sucessivo, de maneira que a prescrição, em ocorrendo, atinge o fundo de direito.
9- Tampouco prospera o pleito de redução dos honorários advocatícios arbitrados em primeira instância, uma vez que o montante fixado a título de verba honorária foi estabelecido de acordo com os critérios de justiça e razoabilidade, bem como nos moldes previstos no art. 20, §4º, do Código de Processo Civil.
10- O *decisum* prolatado em primeiro grau não ofendeu qualquer dispositivo legal, não havendo razão ao prequestionamento suscitado pelo Instituto Autárquico em seu apelo.
11- Apelo desprovido.
(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, APELREEX 0006164-28.2010.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 24/06/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/07/2014).

Dessa forma, aplica-se ao caso o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32, em detrimento do prazo trienal do Código Civil.

Doravante, impõe-se a análise do termo inicial da prescrição.

Conforme se verifica do art. 120 da Lei nº 8.213/91, o fundamento da ação regressiva proposta pela Previdência Social em face daquele que negligencia as normas padrões de segurança e higiene do trabalho é a concessão do benefício acidentário.

Assim, por força do princípio da *actio nata*, a partir da data da concessão do benefício surge para o INSS a pretensão de ser ressarcido dos valores despendidos para o pagamento dos benefícios em favor do segurado ou seus dependentes.

Não se aplica ao caso, portanto, a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece que "nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação".

Isso porque a relação jurídica de trato sucessivo existente dá-se, apenas, entre o segurado ou seus dependentes e a Previdência, consubstanciada na prestação devida a título de benefício decorrente do acidente de trabalho. No entanto, não há relação jurídica de trato sucessivo entre o causador do acidente, por dolo ou culpa, e a Previdência Social.

Em casos análogos, a jurisprudência tem assentado o entendimento de que a prescrição atinge o fundo de direito, afastando a relação de trato sucessivo.

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - HIPÓTESES DE CABIMENTO- ART. 535, DO CPC - DESNECESSIDADE DE APRECIAÇÃO DE TODOS OS DISPOSITIVOS LEGAIS APONTADOS - EFEITO INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE -PREQUESTIONAMENTO. AÇÃO REGRESSIVA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 120 DA LEI Nº 8.213/91. PRAZO QUINQUENAL DO DECRETO 20.910/32 EM DETRIMENTO DO TRIENAL DO CÓDIGO CIVIL. PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO AFASTADA. SÚMULA 85 DO STJ NÃO APLICÁVEL.
I - Os embargos de declaração não se prestam à modificação do julgado, de vez que não resta caracterizada nenhuma das hipóteses previstas no art. 535, do CPC.
II - O magistrado não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo, que por si só, achou suficiente para a composição do litígio.
III - Irrelevante a referência expressa aos dispositivos legais e constitucionais tidos por vio-

lados, pois o exame da controvérsia, à luz dos temas invocados, é suficiente para caracterizar o prequestionamento da matéria.
IV. A relação existente entre a autarquia previdenciária e a empresa ré não é de trato sucessivo, sendo a hipótese de prescrição do fundo do direito, com termo inicial na data da concessão do primeiro benefício, pois, desde aquele momento, era possível a postulação judicial de reconhecimento da pretensão de ressarcimento ora deduzida.
V - Embargos de declaração rejeitados.
(APELREEX 00022357820104036107, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/10/2014).

ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA. INSS. PRESCRIÇÃO. QUINQUENAL. DECRETO N. 20.910/32. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. NATUREZA CIVIL DA REPARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. PROVIDO O APELO DA PARTE RÉ. PREJUDICADA A APELAÇÃO INTERPOSTA PELA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA.
1- A hipótese é de ação regressiva proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face de ex-empregador, objetivando o ressarcimento dos valores pagos pela Autarquia, em função de suposta negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho (Art. 120 da Lei 8.213/90).
2- A imprescritibilidade prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, refere-se ao direito da Administração Pública de obter o ressarcimento de danos ao seu patrimônio decorrentes de atos de agentes públicos, servidores ou não. Tal hipótese é taxativa e, por se tratar de exceção à regra da prescritibilidade, não pode ser ampliada com o escopo de abarcar a ação de reparação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social- INSS, cuja natureza é nitidamente civil.
3- Em razão do princípio da especialidade, o prazo de prescrição das ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública é de cinco anos, consoante dispõe o art. 1º do Decreto n. 20.910/32, que não foi revogado pelo Código Civil (lei geral) em vigor. Precedente: REsp 1.251.993/PR, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, submetido ao rito dos recursos repetitivos, conforme o disposto no art. 543-C do CPC.
4- Em sintonia com o entendimento esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça e em observância ao princípio da isonomia, o prazo prescricional aplicável às hipóteses em que a Fazenda Pública é autora (como *in casu*) deve ser o quinquenal. Precedentes.
5- Nos termos do art. 120 da Lei n. 8.213/91, o fundamento da ação regressiva é a concessão do benefício em caso de negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho.
6- Assim, a partir da data da concessão do benefício surge para o INSS a pretensão de se ver ressarcido dos valores despendidos para o pagamento das prestações mensais em favor do segurado ou seus dependentes.
7- Não há como se acolher a tese no sentido de que a prescrição não atingiria o fundo de direito, mas, tão-somente, as prestações vencidas antes do qüinqüênio que antecede o ajuizamento da ação regressiva. Isto porque a natureza da reparação buscada é civil e, portanto, tem como fundamento o ato ilícito do empregador (inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho) que gerou o dano (concessão do benefício).
8- A relação jurídica entre o INSS e o empregador negligente, diferentemente daquela existente entre o INSS e o segurado, não possui trato sucessivo, de maneira que a prescrição, em ocorrendo, atinge o fundo de direito.
9- Provido o apelo da parte ré para decretar a prescrição da pretensão autoral.
10- Prejudicada a apelação interposta pela Autarquia Previdenciária.
(AC 00044355620094036119, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/09/2014).

Com tais considerações, conclui-se que a contagem do quinquídio prescricional para a

pretensão da Autarquia Federal se ver ressarcida dos valores despendidos a título de benefício previdenciário, decorrente de acidente de trabalho, inicia-se a partir da data da concessão do benefício e atinge, tão somente, o fundo de direito, não havendo que se falar, assim, em prestações vencidas.

No caso dos autos, a data de início do benefício acidentário foi 19/11/2009, assim, desde essa data, o instituto apelante já dispunha de todos os elementos para a propositura da ação, de forma que o prazo prescricional de cinco anos findaria apenas em 19/11/2014. Assim, ajuizada a ação em 14/02/2014, ainda não havia se consumado a prescrição quinquenal.

Logo, permanece incólume a pretensão ressarcitória do INSS.

Da contribuição ao SAT e o direito de regresso do INSS

A imposição de ressarcimento ao INSS de valores pagos a título de benefícios acidentários em casos de atuação negligente do empregador não se confunde com o pagamento da contribuição ao SAT, tributo voltado ao custeio geral dos benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho atrelado aos riscos ordinários do empreendimento.

Em outras palavras, a exigibilidade de contribuição previdenciária do Seguro de Acidente do Trabalho presta-se, exclusivamente, a arcar com os benefícios relacionados com os riscos comuns do trabalho, já que a concessão de benefício previdenciário necessariamente depende de uma prévia fonte de custeio (art. 195, §5º da CF/88).

Os benefícios acidentários desembolsados pelo INSS em virtude do descumprimento das normas trabalhistas, por sua vez, não são abrangidos pela exação, visto que excedem os riscos comuns atribuídos à atividade laboral, impondo-se, nesses casos, o ressarcimento à Autarquia Previdenciária a fim de preservar o equilíbrio atuarial do regime.

Além disso, a presente ação regressiva apresenta dupla finalidade, qual seja, evitar que a inobservância da legislação trabalhista pelo empregador onere toda a sociedade, promovendo, assim, a distribuição do ônus contra quem efetivamente teve a responsabilidade pelo acidente, bem como estimular a obediência por parte das empresas quanto às normas trabalhistas, sobretudo aquelas que visam assegurar a higiene e segurança do trabalho, de forma a garantir ao trabalhador direito constitucional de redução de riscos inerentes ao trabalho contemplado no art. 7º, XXII, da CF/88.

Sobre a questão, já se manifestou exaustivamente o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o recolhimento de contribuição previdenciária pela pessoa jurídica não a isenta de responsabilidade por casos de acidente do trabalho decorrentes de culpa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REGRESSIVA. ACIDENTE DO TRABALHO. INSS. CULPA DA EMPRESA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 83/STJ. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.
> 1. Cuida-se, na origem, de Ação Regressiva de indenização proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, contra a Construtora Giovanella Ltda., objetivando condenação da ré ao ressarcimento de valores despendidos no pagamento da pensão por morte do segurado Paulo Paula da Silva, decorrente de acidente de trabalho.
> 2. O Juiz de 1º Grau julgou procedente o pedido.
> 3. O Tribunal *a quo* negou provimento à Apelação da ora recorrente e consignou que foi comprovada a "a existência de culpa do empregador". (fl. 505, grifo acrescentado).
> 4. É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas

fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos. Aplica-se o óbice da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.571.912/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 31/8/2016, e AgRg no AREsp 294.560/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22/4/2014.
5. Dessume-se que o aresto recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.
6. No mais, é assente no STJ que a contribuição ao SAT não exime o empregador da sua responsabilização por culpa em acidente de trabalho, conforme art. 120 da Lei 8.213/1991. Nesse sentido: REsp 506.881/SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca; Quinta Turma, DJ 17.11.2003; e EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 973.379/RS, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, DJe 14.6.2013. (...)
(REsp 1666241/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017).

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. ART. 22 DA LEI 8.212/91. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO DE REGRESSO MOVIDA PELO INSS CONTRA EMPREGADOR RESPONSÁVEL PELO ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 120 DA LEI 8.213/91. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.
1. O direito de regresso do INSS é assegurado no art. 120 da Lei 8.213/1991 que autoriza o ajuizamento de ação regressiva em face da empresa empregadora que, por negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, causou o acidente do trabalho.
2. O Seguro de Acidente de Trabalho - SAT, previsto no art. 22 da Lei 8.212/91, refere-se a contribuição previdenciária feita pela empresa para o custeio da Previdência Social relacionado aos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade de trabalho decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.
3. Da leitura conjunta dos arts. 22 da Lei 8.212/91 e 120 da Lei 8.213/91 conclui-se que o recolhimento do Seguro de Acidente de Trabalho - SAT não exclui a responsabilidade da empresa nos casos de acidente do trabalho decorrentes de culpa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho.
4. Tendo o Tribunal de origem asseverado expressamente que os embargante foram negligentes com relação "às suas obrigações de fiscalizar o uso de equipamento de proteção em seus empregados, caracterizando claramente a culpa *in vigilando*", resta configurada a legalidade da cobrança efetuada pelo INSS por intermédio de ação regressiva.
5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes para, tão-somente, esclarecer que o recolhimento do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT não impede a cobrança pelo INSS, por intermédio de ação regressiva, dos benefícios pagos ao segurado nos casos de acidente do trabalho decorrentes de culpa da empresa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho.
(STJ, EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 973379 RS 2007/0178387-0, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), T6 - SEXTA TURMA, j. 06/06/2013, DJe 14/06/2013).

Assim, não merece guarida a alegação de que a pretensão regressiva do INSS caracteriza *bis in idem*.

Da responsabilidade do empregador

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS ajuizou ação de ressarcimento contra LEGUS AGROINDUSTRIAL LTDA, objetivando o ressarcimento dos valores despen-

didos, e aqueles ainda por despender, a título de benefícios previdenciários concedidos aos dependentes do segurado Sr. Willian dos Santos Paixão, em razão de acidente de trabalho ocorrido em 19.11.2009, supostamente por negligência da empresa no cumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho.

Conforme dispõe o art. 120, da Lei nº 8.213/91, "nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis". Tal previsão decorre da regra inserta no art. 19, §1º, do mesmo diploma legal, cuja disposição estabelece que "a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalho".

No mesmo sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no art. 157, inciso I, instrui que "cabe às empresas cumprir e faze cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho", bem como "instruir os empregados [...] quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais" e "adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente".

Observa-se, portanto, que a legislação pátria é explícita e resoluta ao impor à empresa o dever de adotar medidas protetivas obrigatórias, bem como responder, em sede de ação regressiva, pelos eventuais valores pagos pela Autarquia nos casos em que o benefício previdenciário decorra de acidente laboral ocorrido por culpa da empresa, pelo descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho.

Do acidente de trabalho e da culpa do empregador

O direito de regresso invocado pelo INSS é justificado pela negligência do empregador, que, ao descumprir as normas reguladoras da segurança e saúde do trabalho, contribui para ocorrência de acidentes no ambiente de trabalho.

No caso em exame, depreende-se que a empresa deixou de tomar medidas capazes de prevenir ou evitar o acidente que vitimou o Sr. Willian dos Santos Paixão, mediante o descumprimento normas-padrão de segurança do trabalho e demais regentes da relação trabalhista.

Segundo consta dos autos, o segurado, contratado da empresa "LEGUS" para a função de Auxiliar de Produção, sofreu acidente de trabalho fatal nas dependências da empresa ao ser atingido por descarga elétrica no instante em que operava máquina seladora de embalagem plástica.

Após inspeções físicas no local do acidente, oitivas de pessoas presentes e auditagem de documentos, o Auditor Fiscal do Trabalho indicou diversas irregularidades relacionadas à negligência da empresa, que deixou de adotar as cautelas indispensáveis para a antecipação dos riscos do acidente.

Em suma, apontou no "Relatório de Análise de Acidente Fatal" para a falta de aterramento elétrico da máquina em que ocorreu o acidente, partes vivas expostas do circuito elétrico, ausência de manutenção preventiva de máquinas e equipamentos da empresa e inadequação das instalações. (fls. 28/36)

Tais violações atentam explicitamente contra norma regulamentadora de segurança no trabalho em máquinas e equipamentos - NR12, cujas regras definem as medidas de proteção para garantir a saúde e a integridade física dos trabalhadores e estabelece requisitos mínimos para prevenção de acidentes e doenças no trabalho nas fases de projeto e utilização de maquinário, como:

> 12.14. As instalações elétricas das máquinas e equipamentos devem ser projetadas e mantidas de modo a prevenir, por meios seguros, os perigos de choque elétrico, incêndio, explosão e outros tipos de acidentes.
> 12.15. Devem ser aterrados, conforme as normas técnicas oficiais vigentes, as instalações, carcaças, invólucros, blindagens ou partes condutoras das máquinas e equipamentos que não façam parte dos circuitos elétricos, mas que possam ficar sob tensão.
> 12.16. As instalações elétricas das máquinas e equipamentos que estejam ou possam estar em contato direto ou indireto com água ou agentes corrosivos devem ser projetadas com meios e dispositivos que garantam sai blindagem, estanqueidade, isolamento, aterramento, de modo a prevenir a ocorrência de acidentes.
> (...)
> 12.19. As ligações e derivações dos condutores elétricos das máquinas e equipamentos devem ser feitas mediante dispositivos apropriados e conforme as normas técnicas vigentes, de modo a assegurar resistência mecânica e contrato elétrico inadequado, com características equivalentes aos condutores elétricos utilizados contra riscos.

Deveras, a empresa não adotou medidas básicas de segurança na manutenção dos equipamentos empregados na sua atividade, as quais, certamente, poderiam evitar o acidente. Omitiu-se de seus deveres legais, permitindo que seu empregado operasse máquina seladora sem condições de funcionamento, sem aterramento elétrico, em contato com piso molhado, com cabo de força displicentemente emendado com "fita isolante".

É evidente o descaso da empresa diante de uma espécie de tragédia anunciada. Os testemunhos dos funcionários à autoridade policial competente, corroboram a negligência da "LEGUS", a falta de fiscalização no ambiente de trabalho, a ausência de manutenção adequada das máquinas e a adoção de medidas paliativas (gambiarras) por responsáveis da manutenção. (fls. 458/466)

Ao Delegado de Polícia de Fernando Prestes/SP, afirmaram: "Que, em outras oportunidades, outras empregadas já reclamaram de que a seladora já havia dado pequenos choques" (...) "que, realmente, o cabo de força da máquina estava emendado, com fita isolante." (Roseni Ribeiro dos Santos, funcionária - fls. 80); "Que, há cerca de um mês, uma outra empregada, a JOSANA havia comentado que tinha recebido um choque naquela mesma máquina em que houve o acidente" (Suely Benites Machado, funcionária - fls. 81/82).

O próprio Técnico de Manutenção da empresa, Rodrigo Cezar Velocca, assume: "Que não costuma testar possíveis vazamentos de energia elétrica nas máquinas. Que, quanto à emenda existente no cabo de energia elétrica da máquina em questão, fora o depoente quem fez. Que não saber porque não providenciou a substituição completa do cabo. Que, no local onde a máquina seladora é operada, principalmente no dia do acidente, estava o piso molhado" (fls. 83)

No mesmo sentido, a Equipe de Perícias Criminalísticas de Jaboticabal, em "Laudo" elaborado por Marister Teresa Miziara Nogueira, Perita Criminal, constatou que "Com a ajuda do Eletricista da Prefeitura, Sr. Walter Parra Jamorro (...) e segundo informações sua, foi medido com o aparelho Voltimetro (...) a citada máquina estava com um vazamento de 118V e com um curto de massa (fio cortado)". (fls. 84/88)

Em suma, são inequívocas as violações cometidas pelo empregador às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual dos empregados, as quais contribuíram decisivamente para o episódio e comprovam a negligência da empresa no acidente que vitimou o Sr. Willian dos Santos Paixão.

Conclui-se, portanto, que o ressarcimento do valor do benefício de pensão por morte do

segurado ao INSS é medida que se impõe.

Dos honorários advocatícios

Quanto ao arbitramento de honorários advocatícios em quantia certa, questão contra a qual se insurge o INSS, razão lhe assiste. Nos casos em que há condenação a pagamento de valores, a verba honorária deve ser fixada com base nesse montante, observando o que dispõe o art. 20, §3º do CPC/73.

Nesse sentido:

> DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. DUPLICATAS PROTESTADAS. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA MERCANTIL SUBJACENTE. SÚMULA 7. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DO § 3º DO ART. 20 DO CPC. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21, *CAPUT*, DO CPC.
> (...)
> 3. *Havendo condenação, aplica-se, para o arbitramento da verba advocatícia, o § 3º do art. 20 do CPC, e não o § 4º, pouco importando se há também pedido declaratório ou constitutivo na inicial.*
> (...)
> (REsp 469.557/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 24/05/2010) - *g.n.*

Assim, reformo a r. sentença, para arbitrar honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, respeitada o §5º do referido diploma legal.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço parcialmente e, na parte conhecida, *nego provimento* ao recurso de apelação da LEGUS AGROINDUSTRIAL LTDA e *dou provimento* à apelação do INSS para alterar a forma de arbitramento de honorários, nos termos da fundamentação. Quanto ao mais, mantenho a r. sentença.

É o voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY:

Pedi vista dos autos para melhor análise da discussão aqui travada e, feito isto, acompanho o voto do E. Relator, pelas razões que passo a expor:

Da constituição de capital

A parte autora não formulou pedido de constituição de capital para garantia do pagamento das parcelas vincendas, muito menos houve tal condenação em sentença, não sendo possível conhecer da apelação manejada pela parte ré neste ponto.

Da constitucionalidade do art. 120 da Lei nº 8.213/1991

Inicialmente, afasto a alegação de inconstitucionalidade do art. 120 da Lei nº 8.213/91 porque a norma se revela em conformidade com o art. 201, parágrafo 10º da Constituição Federal, tal como incluído pela Emenda Constitucional nº 20/1998, segundo o qual "Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo

regime geral de previdência social e pelo setor privado".

Assim tem entendido esta Corte:

> Inexiste a apontada inconstitucionalidade do art. 120, da Lei nº 8.213/91, eis que a Emenda Constitucional nº 41/2003 acrescentou o parágrafo 10º ao art. 201: "§ 10º. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.
> (TRF3, AC nº 00006165-13.2010.4.03.6105. Rel. Des. Fed. José Lunardelli. Primeira Turma, e-DJF3: 13/06/2014).

> 2- Não merece prosperar a alegação de inconstitucionalidade do art. 120, da Lei nº 8.213/91.
> 3- A Emenda Constitucional nº 41/2003 acrescentou o parágrafo 10º ao art. 201, o qual assim dispõe, *in verbis*: "§ 10º. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.".
> (TRF3, AC nº 00003064-38.2005.4.03.6106. Rel. Des. Fed. José Lunardelli. Primeira Turma, e-DJF3: 04/07/2013).

Por fim, não se há de falar em conversão da contribuição previdenciária em verdadeiro imposto porque, em verdade, o dever de ressarcimento ao INSS dos valores despendidos a título de benefício previdenciário em favor do segurado acidentado ou de seus dependentes não exsurge automaticamente do infortúnio trabalhista, mas depende que este tenha se dado diretamente em função da inobservância, pela empregadora, das normas gerais de segurança e higiene do trabalho, como veremos mais adiante.

Da prescrição

Prazo prescricional aplicável

Observe-se, inicialmente, a inaplicabilidade à hipótese do artigo 37, §5º, da Constituição Federal que estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em relação aos "ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não", considerando que a ré (empregadora do segurado) não estava investida de função pública quando da prática do ilícito.

No que se refere ao prazo de prescrição, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.251.993/PR, submetido ao regime dos recursos repetitivos, pacificou orientação no sentido de que nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, é quinquenal a prescrição, nos termos do artigo 1º, do Decreto-Lei 20.910/32, e não trienal, como prevê o artigo 206, § 3º, V, do CC/2002.

Assim, pelo princípio da isonomia, o mesmo prazo deve ser aplicado nas hipóteses em que a Fazenda Pública é autora, como é o caso da ação de regresso acidentária.

Termo inicial

No que se refere ao termo inicial do prazo prescricional, deve ser computado a partir da data de concessão do benefício, momento em que exsurge para a autarquia previdenciária a pretensão de se ressarcir dos valores despendidos no pagamento de benefício em favor do segurado ou seus dependentes.

Por outro lado, inaplicável à espécie a Súmula 85, do STJ, segundo a qual, "nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação".

Ora, a relação de trato sucessivo que se trava na espécie se dá entre o segurado/depen-

dentes e a Previdência Social, com o pagamento mensal de benefício decorrente do acidente de trabalho e não entre a empregadora, causadora do acidente, e o INSS, de modo que a prescrição atinge o fundo de direito.

O Colendo STJ já se manifestou sobre a questão, conforme ementa que segue:

> PREVIDENCIÁRIO E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA, AJUIZADA PELO INSS, CONTRA O EMPREGADOR. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL, POR ISONOMIA AO DECIDIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.251.993/PR, SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. TERMO INICIAL. IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> I. Conforme decidido pela Primeira Seção desta Corte, "o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002" (STJ, REsp 1.251.993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 19/12/2012, julgado sob a sistemática do art. 543-C do CPC).
> II. Em face do princípio da isonomia, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que, nas ações regressivas acidentárias, o prazo quinquenal é também aplicado à Fazenda Pública, na qualidade de autora.
> III. É firme, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido de que "a natureza ressarcitória de tal demanda afasta a aplicação do regime jurídico-legal previdenciário, não se podendo, por isso, cogitar de imprescritibilidade de seu ajuizamento em face do empregador" (STJ, AgRg no REsp 1.365.905/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/11/2014), atingindo a prescrição do próprio direito de ação.
> IV. No sentido da jurisprudência deste Tribunal, "é de cinco anos o prazo para o INSS ajuizar ação contra o empregador tendo por objetivo o ressarcimento de despesas com o pagamento de benefício acidentário. O termo inicial da prescrição da pretensão, por sua vez, conta-se a partir da concessão do benefício. A propósito: REsp 1.457.646/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 20/10/2014; e AgRg no REsp 1.423.088/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/05/2014" (STJ, AgRg no AREsp 521.595/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 04/08/2015). Em igual sentido: STJ, REsp 1.499.511/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/08/2015.
> V. No caso, cuida-se de ação regressiva, ajuizada pelo INSS, em desfavor de empregador, sendo o benefício, decorrente de acidente de trabalho, concedido, ao segurado, em 18/12/2002 até 26/03/2006, a partir de quando foi convertido em outra espécie. A ação indenizatória, contudo, somente foi ajuizada em 29/04/2013, quando já fulminado o direito de ação, pelo decurso do prazo quinquenal.
> VI. Agravo Regimental improvido.
> (AGRESP 201502001722, ASSUSETE MAGALHÃES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/11/2015)

No caso dos autos, o benefício previdenciário foi concedido em 19/11/2009 (fl. 7). Tendo a presente ação sido ajuizada em 14/02/2014 (fl. 02), é de rigor reconhecer que não houve o transcurso do prazo prescricional quinquenal.

Da responsabilidade da requerida pelo ressarcimento pretendido pelo INSS

O sistema de seguridade do acidente do trabalho é contributivo-contratual. Responsabilidade excepcional da empresa empregadora

O sistema de seguridade de acidentes de trabalho vigente em nosso ordenamento com-

preende a cobertura de infortúnios ocasionais à Previdência Social, mediante o regime contributivo (CF, art. 201, § 10: "Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado").

Neste ponto, trago à colação uma breve síntese da evolução histórica sobre a responsabilidade civil quanto aos acidentes do trabalho em nosso ordenamento, conforme os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior (Acidente do Trabalho na Nova Constituição. Disponível em https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1016/949):

O Decreto nº 3.724, de 15/01/1919, foi a primeira lei a tratar de acidentes do trabalho no país e *admitia o risco profissional do empresário*, mas de modo restritivo, abrangendo apenas certas atividades e adotando critério restritivo para as doenças profissionais. Muito embora a indenização estivesse a cargo do empregador, *não havia a obrigatoriedade do seguro, de modo que não existia garantia do efetivo pagamento.*

Após a Revolução de 1930, adveio o Decreto nº 24.637, de 10/07/1934, que ampliou a área de abrangência da tutela infortunística e - o que é mais importante - *obrigou o empregador à contratação de seguro específico* para este fim ou à realização de depósito em valor proporcional ao número de empregados, "podendo a importância do depósito, a juízo das autoridades competentes, ser elevada até ao triplo, si se tratar de risco excepcional ou coletivamente perigoso" (art. 30, *caput* e parágrafos, do Decreto nº 24.637/1934).

Já na Constituição de 1934, promulgada poucos dias depois do decreto, a garantia de reparação dos danos advindos do acidente do trabalho ganhou assento constitucional (art. 121, alínea h da Constituição Federal de 1934).

O Decreto nº 24.637/1934 continuou em vigor sob a égide da Constituição de 1937, até que sobreveio o Decreto-Lei nº 7.036, de 10.11.44. *Ali se acolheu a teoria do risco da atividade*, dando-se maior amplitude ao conceito de empregado e dos eventos que se poderiam considerar como acidentes do trabalho, incluindo lesões e mortes em que o trabalho não seria causa exclusiva, mas apenas concausa.

O seguro manteve-se obrigatório, mas, se antes tinha de ser contratado perante "companhias ou sindicatos profissionais legalmente autorizados a operar em seguros contra acidentes do trabalho", *agora devia ser realizado "na instituição de previdência social a que estiver filiado o empregado"* (art. 36, § 1º do Decreto 24.637/1934 e art. 95 do Decreto-Lei nº 7.036/1944).

Sobreveio o Decreto-Lei nº 293, de 28/01/1967, transferindo o seguro para as companhias seguradoras privadas. Não obstante, este regime teve vida curta, posto que sobreveio a Lei nº 5.316, de 14/09/1967, que, além de ampliar o conceito de acidente do trabalho para fins de cobertura infortunística, incluindo eventos ocorridos fora da empresa e longe da vigilância do empregador, *tornou obrigatória a contratação do seguro acidentário junto à Previdência Social* (art. 1º da Lei nº 5.316/1967).

Com a Constituição de 1969, consagrou-se a *transformação total do seguro acidentário em seguro social*, com a expressa previsão de que tais riscos estariam cobertos pela "previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprêgo, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado" (art. 165, XVI da Constituição de 1969).

Evidentemente, *este regime contributivo foi adotado pela Constituição Federal de 1988*, que deixou a cargo do legislador infraconstitucional disciplinar a cobertura do risco de acidente do trabalho, "a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado" (art. 201, § 10 da Constituição Federal de 1988).

Conclusão:

O que se dessume de toda essa evolução da cobertura social ao acidente do trabalho, é que a responsabilidade pelo pagamento dos eventos decorrentes dos infortúnios é da Seguridade Social, que, por sua vez, conta com ingressos (obrigatórios) de recursos pela iniciativa privada, precisamente para esse tipo de reparação social-laboral.

As duas únicas exceções à exclusividade pela reparação acidentária, pelo INSS, são postas pela própria Constituição, em seu artigo 7º, inciso XXVIII, que estabelece como direito do trabalho o "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa" (replicado no artigo 121, da Lei 8.213-91: "O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem").

Já o artigo 120, que não tem estofo constitucional, como se vê dos termos claros do artigo 7º, que trata de dolo ou culpa (responsabilidade civil, portanto), introduziu uma outra exceção à regra da cobertura social exclusivamente pelo INSS (suportada por contribuições dos segmentos econômicos correspondentes), estabelecendo um direito que denomina "de regresso" contra o empregador em caso de descumprimento a "normas gerais de segurança e higiene do trabalho").

Essa hipótese, como se vê, excepciona a regra geral de responsabilidade regressiva do empregador, que conta com cobertura securitária social impositiva, devendo, em razão disso, ser interpretada igualmente de modo excepcional e restrito, sem alargamentos hermenêuticos.

Assim, o direito de regresso posto pelo artigo 120, da Lei nº 8.213/91 só se justificará nas hipóteses de ocorrências das circunstâncias expressas na própria lei de regência excepcional.

E tal raciocínio se justifica por uma razão elementar: à Seguridade Social (autarquia) é dado o encargo de arrecadar recursos e cobrir, precipuamente, o risco social do acidente de trabalho, pagando diretamente ao segurado ou a seus dependentes o respectivo benefício previdenciário.

Apenas excepcionalmente, na hipótese de descumprimento, pelo empregador, de normas padrão de segurança e higiene do trabalho, *do qual decorra diretamente o acidente de trabalho*, é que exsurge o dever de o empreendedor ressarcir aos cofres da autarquia previdenciária os valores despendidos a este título.

Tanto isto é verdade que a Lei nº 6.367/1976 prevê que os encargos decorrentes da cobertura de acidentes de trabalho serão realizados pelas contribuições previdenciárias devidas pela empresa, acrescendo uma alíquota de 0,4%, 1,2% ou 2,5% à contribuição do empregador de acordo com o grau de risco da atividade empreendida, se classificado como leve, médio ou grave (art. 15, *caput* e incisos I a III da Lei nº 6.367/1976).

Assim, quanto maior for o risco da atividade empresarial - portanto, maior a probabilidade de o risco social coberto pela Previdência Social vir a se concretizar - tanto maior será a contribuição do empregador à autarquia previdenciária.

Em outras palavras, resta cristalino que o atual regime constitucional da responsabilidade acidentária prevê que o risco social do acidente do trabalho está coberto pelo sistema de seguridade social, gerido pelo INSS e para o qual contribuem os empregadores.

Nesse sentido, aliás, já decidiu essa Corte, como se vê dos seguintes precedentes:

> AÇÃO REGRESSIVA. ARTIGOS 120 e 121 DA LEI Nº 8.213/91. CABIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA DA APELADA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. APELO DES-

PROVIDO.
I - O artigo 120 da Lei nº 8.213/91 determina que o INSS proponha ação em face dos responsáveis pelo acidente do trabalho, e não necessariamente em face apenas do empregador. Sendo assim, tem-se que o empregador pode ser responsabilizado em conjunto com o tomador de serviços, como ocorre no presente caso.
II - O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de cabimento de Ação Regressiva pelo INSS contra Empresa em que ocorreu acidente de trabalho quando comprovada a existência de negligência do empregador.
III - Como se sabe, o legislador pátrio, no que tange à responsabilização do tomador dos serviços em relação aos danos havidos na relação de trabalho, adotou uma forma híbrida de ressarcimento, caracterizada pela combinação da teoria do seguro social - as prestações por acidente de trabalho são cobertas pela Previdência Social - e responsabilidade subjetiva do empregador com base na teoria da culpa contratual. Nessa linha, cabe ao empregador indenizar os danos causados ao trabalhador quando agir dolosa ou culposamente.
IV - No caso dos autos, observando-se o conjunto probatório trazido aos autos pela parte autora, tem-se que o evento ocorrido se deu por culpa exclusiva da vítima, não se desincumbindo, dessa forma, o INSS de comprovar a negligência da empresa ré quanto à observância das normas de segurança do trabalho, fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 373, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.
V - Apelação desprovida.
(TRF3, AC nº 0004360-62.2009.4.03.6104. Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães. Segunda Turma, e-DJF3: 01/03/2018).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA PROPOSTA PELO INSS CONTRA O EMPREGADOR. IMPROCEDÊNCIA.
1. Da simples leitura do artigo 201 da Constituição Federal, verifica-se que todos os eventos garantidos pela Previdência Social são eventos futuros e incertos, ou seja, embora se diga que o sistema é de filiação obrigatória e contributivo, devendo os filiados contribuírem para manter essa qualidade, apenas fará jus ao benefício previdenciário o filiado que for acometido de uma das situações listadas como adequada para gerar o direito ao benefício.
2. Por haver a possibilidade de o filiado contribuir mês a mês, porém, sem nunca fazer uso de quaisquer dos benefícios regulados na Previdência Social, é que se afirma que o Regime Geral de Previdência Social - RGPS é um sistema de seguro, no qual o filiado, acometido por uma das situações seguradas, irá fazer jus ao benefício.
3. A Lei 8.213/91 buscou uma forma de a Previdência ressarcir-se dos prejuízos decorrentes do custeio do benefício por acidente de trabalho. No entanto, retira-se do sistema a característica de seguro, o que não se mostra possível admitir, na medida em que passa a criar a possibilidade de o INSS, órgão arrecadador e responsável pelas contribuições sociais, uma ação regressiva em face do empregador que tenha agido com culpa na ocorrência do acidente.
4. Por já haver previsibilidade de que a empregadora pague uma contribuição social, deve ser entendido que o benefício é um seguro pago para o empregado acidentado, mas também um seguro para a empresa, que pagando sua contribuição, não precise arcar com o sustento de um empregado que tenha se acidentado.
5. O Seguro de Acidente de Trabalho - SAT destina-se a cobrir também os casos em que há culpa da empresa, porquanto esse requisito já está incluído no cálculo dessa contribuição.
6. Há evidente *bis in idem* na exigência do INSS em reembolsar valores que já estão sendo calculados e exigidos dos empregadores. Sem contar, ainda, na excessiva onerosidade que tal medida acarretaria ao empregador, pois a autarquia estaria buscando judicialmente o reembolso de valores gastos com benefícios concedidos que já estariam sendo custeados, inclusive, de forma individualizada, com o SAT.

7. Apelo desprovido.
(TRF3, ApelReex nº 0035809-07.1996.4.03.6100. Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho. Quinta Turma, e-DJF3: 11/10/2012).

Desta forma, para que se decida pelo dever de ressarcimento à autarquia previdenciária, tornam-se necessárias as demonstrações de que a) a empresa tenha deixado de observar as normas gerais de segurança e higiene do trabalho e b) que o acidente tenha decorrido diretamente desta inobservância, não bastando que se constate eventual "culpa por negligência" para fazer incidir o comando legal em análise, não bastando que se constate eventual "culpa por negligência" para fazer incidir o comando legal em análise.

Caso concreto

Da análise do caso concreto, concluo que se faz presente a condição necessária a justificar a pretensão do Instituto, posto que restou demonstrado nos autos que a empresa deixou de cumprir com a obrigação de atender a normas gerais de segurança e higiene do trabalho, circunstância que autoriza o Instituto de valer da norma que dá suporte ao pedido.

Compreendendo-se o caso concreto.

Em 19/11/2009, o empregado da requerida e segurado da Previdência Social, sr. William dos Santos Paixão, desenvolvia suas atividades laborais operando uma máquina quando veio a sofrer uma descarga elétrica, sofrendo lesões que culminaram no seu óbito.

A atividade desenvolvida pelo trabalhador e as circunstâncias nas quais se deu o acidente foram descritas em relatório elaborado pelo Ministério do Trabalho e Emprego - MTE nos seguintes termos (fl. 31):

(...) Descrição da atividade.
A atividade consistia em selar sacos plásticos cheios de batata picada em máquina seladora.
Investigação.
(...)
Segundo relato da testemunha, sr. Wellington Martins Chaves, o sr. Willian estava selando os sacos quando deu um grito e caiu no chão segurando a máquina seladora. A testemunha foi ajudá-lo e recebeu um choque ao tocá-lo. Então chutou os fios e eles se desconectaram. Outra testemunha, srª. Suely Benites Machado, acrescentou que o chão estava molhado, o que seria comum naquele setor, e que as pernas do sr. William estavam tremendo enquanto ele estava caído e segurando a máquina. A testemunha, srª. Roseni Ribeiro dos Santos, afirmou que outras pessoas já haviam levado pequenos choques no mesmo equipamento.
(...).

Embora os relatos supramencionados sejam bastante claros quanto ao fato de o empregado acidentado ter sido vítima de um choque elétrico ao ter contato físico com a carcaça da máquina por ele operada, há outros elementos probatórios nestes autos a confirmar tal fato.

Neste ponto, o sr. Wellington Martins Chaves deu à autoridade policial depoimento em sentido muito semelhante àquele antes prestado ao Auditor Fiscal do Trabalho, acrescentando que "o chão da empresa sempre fica molhado quando trabalham com batatas, o que ocorreu naquele dia" (fl. 107).

O sr. Rodrigo César Velocce, técnico de manutenção da empresa requerida, declarou que "nunca recebeu qualquer reclamação sobre choque elétrico em tal máquina seladora. Não se lembrou da última manutenção na máquina seladora. Não costuma testar vazamentos de energia elétrica na máquina em questão. Confirmou que a emenda no cabo de energia da má-

quina fora feita por ele, para aumentar o seu tamanho e que o chão no local dos fatos estava molhado" (fl. 108).

Ainda, o laudo elaborado pela Polícia Técnico - Científica corrobou a tese de vazamento de energia elétrica e de eletrocussão da vítima, sendo esta a causa de sua morte, nos seguintes termos (fl. 285):

> (...) 3- Tal máquina estava em bom estado de conservação e funcionava a contento quando dos exames?
> R: A citada máquina encontrava-se em regular estado de conservação (com falta de manutenção), ou seja, não estava funcionando perfeitamente, pois estava com vazamento de energia de 118 V, comprovado com o aparelho Voltímetro e com um fio da resistência cortado.
> 4 - Qual a causa do acidente e consequentemente da morte da vítima?
> R: A causa do acidente foi o choque que a vítima teve, quando estava operando a máquina e a causa específica da morte será detalhada pelo IML em um laudo a parte.
> (...).

Bem se vê, portanto, que o equipamento em questão contava com um cabo de energia emendado pelo técnico em manutenção - não constando dos autos que tal profissional tenha capacitação específica quanto à Norma Regulamentadora nº 10, que versa sobre Segurança em Instalações e Serviços em Eletricidade - que não se procedia à verificação de eventual vazamento de energia e, por mais impressionante que se possa parecer, que o chão no entorno da máquina comumente ficava molhado, combinação que possibilitou que o operador da máquina fosse eletrocutado.

Com isto, é irretorquível a conclusão de que a parte requerida deixou de observar diversas normas gerais de segurança e higiene do trabalho referentes à segurança elétrica do equipamento operado pela vítima, daí decorrendo o infortúnio trabalhista em questão, das quais destaco as que seguem:

> 12.14. As instalações elétricas das máquinas e equipamentos devem ser projetadas e mantidas de modo a prevenir, por meios seguros, os perigos de choque elétrico, incêndio, explosão e outros tipos de acidentes, conforme previsto na NR 10.
> 12.15. Devem ser aterrados, conforme as normas técnicas oficiais vigentes, as instalações, carcaças, invólucros, blindagens ou partes condutoras das máquinas e equipamentos que não façam parte dos circuitos elétricos, mas que possam ficar sob tensão.
> 12.16. As instalações elétricas das máquinas e equipamentos que estejam ou possam estar em contato direto ou indireto com água ou agentes corrosivos devem ser projetadas com meios e dispositivos que garantam sua blindagem, estanqueidade, isolamento e aterramento, de modo a prevenir a ocorrência de acidentes.
> 12.17. Os condutores de alimentação elétrica das máquinas e equipamentos devem atender aos seguintes requisitos mínimos de segurança:

Por fim, reputo irrelevantes as considerações da parte requerida acerca do treinamento conferido ao empregado acidentado, já que em nenhuma hipótese poderia o equipamento por ele operado permitir que descargas elétricas o atingissem mediante o mero toque em sua carcaça.

Evidenciou-se, portanto, o descumprimento, pela requerida, das normas gerais de segurança e higiene do trabalho que exigem o aterramento elétrico de as instalações, carcaças, invólucros, blindagens ou partes condutoras das máquinas e equipamentos que não façam parte dos circuitos elétricos, mas que possam ficar sob tensão, conforme a Norma Regulamentadora

nº 12, item 12.15 e outros, daí decorrendo o acidente em questão, com reflexos previdenciários.

Não se trata, portanto, de culpa *in vigilando* da parte apelante, mas de verdadeiro descumprimento de norma geral de segurança do trabalho, com relação direta com o acidente que vitimou o sr. William dos Santos Paixão.

Assim, é de rigor reconhecer que a situação de infortúnio retratada nos autos induz à conclusão de haver a requerida (empregadora) violado "normas gerais de segurança e higiene do trabalho", a justificar sua responsabilidade civil, de modo regressivo.

Por tais razões, concluo que restou demonstrada nos autos a criação, pela apelante, de risco extraordinário àquele coberto pela Seguridade Social que resultou em acidente trabalhista, daí exsurgindo o seu dever de ressarcimento dos valores gastos pela autarquia apelada a título de benefício previdenciário, devendo a sentença ser mantida neste ponto.

Dos honorários advocatícios

No caso dos autos, o valor atribuído à causa foi de R$ 71.648,08 em fevereiro de 2014 (fl. 25) e sentença fixou honorários advocatícios em desfavor da parte ré em R$ 1.000,00.

Tendo havido condenação da parte requerida ao pagamento de valores, e diante da ausência de motivos que recomendem a majoração ou redução equitativa da verba honorária, tenho por adequado reformar a sentença para que os honorários advocatícios devidos pela parte requerida sejam fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 3º do então vigente Código de Processo Civil de 1973.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação da parte autora para fixar os honorários advocatícios devidos pela ré em 10% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973, e negar provimento à apelação da parte ré, acompanhando o E. Relator.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

APELAÇÃO CÍVEL
0016189-42.2015.4.03.6100
(2015.61.00.016189-9)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: FELIPE RODRIGUES ANTONELLI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Classe do Processo: Ap 2264995
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2018

EMENTA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. ATUAÇÃO DA CEF COMO AGENTE EXECUTOR DE POLÍTICA FEDERAL DE MORADIA PARA PESSOAS DE BAIXA RENDA. RESPONSABILIDADE CIVIL E SOLIDÁRIA ENTRE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E CONSTRUTORA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO ARBITRAMENTO. CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E NÃO ENRIQUECIMENTO INDEVIDO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. No caso dos autos, a atuação da CEF não se restringiu às atividades típicas de mero agente financeiro em sentido estrito, mas, sim, como agente executor de política federal para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

2. Quanto a isto, consta expressamente do contrato de financiamento a obrigação e o interesse da CEF em fiscalizar o andamento da obra, bem como o contrato foi celebrado no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, o que, somado à ao interesse mencionado, evidencia a sua atuação não como mero agente financeiro no contrato em questão, papel que poderia ter sido desempenhado por qualquer outra instituição financeira, mas como verdadeiro agente executor de política pública habitacional federal.

3. Nestas circunstâncias, a Jurisprudência tem admitido a legitimidade passiva e a responsabilidade civil solidária da CEF com o construtor do imóvel. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

4. O caso dos autos, em que o autor despendeu a considerável quantia de mais de R$ 40.000,00 para aquisição de imóvel, cujo atraso na entrega superou o patamar de dois anos, revela situação que em muito ultrapassa os limites de um mero aborrecimento, ensejando o dano moral passível de recomposição.

5. No que se refere ao arbitramento do valor a título de indenização por danos morais, é firme a orientação jurisprudencial no sentido de que, nesses casos, deve ser determinada segundo o critério da razoabilidade e do não enriquecimento despropositado. Considerando as circunstâncias específicas do caso concreto, em especial o elevado valor despendido pelo autor para aquisição de imóvel, de mais de R$ 40.000,00, o considerável atraso na entrega das obras, de mais de dois anos e o não menos significativo grau de culpa dos corréus pelo atraso injustificado da obra, tenho que o valor arbitrado em sentença, de R$ 10.000,00, afigura-se adequado e suficiente à reparação do dano no caso dos autos, sem importar no enriquecimento indevido da parte, devendo ser mantido.

6. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de junho de 2018.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF* contra sentença proferida em ação ordinária movida por *FELIPE RODRIGUES ANTONELLI* em face da apelante e de *CONVIVA EMPREENDIMENTOS LTDA*. objetivando a rescisão de contrato de compra e venda de imóvel e mútuo, com a devolução de valores pagos, além de indenização por lucros cessantes e por dano moral.

Deferida a antecipação de tutela para suspender a exigibilidade de todos os encargos contratuais relativos ao contrato discutido, obstando-se a inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplentes (fls. 128/130).

Contestação pela CEF, apenas (fls. 155/210, 362 e 364).

A sentença foi publicada em 30/09/2016 e julgou parcialmente procedente a ação para declarar rescindido o contrato, condenar os réus à devolução dos valores utilizados para a aquisição do imóvel e ao pagamento de indenização por dano moral, arbitrada em R$ 10.000,00.

Diante da sucumbência mínima do autor, os réus foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, *pro rata* (fls. 379/384 e 387-verso).

Embargos de declaração opostos pela CEF foram rejeitados (fls. 400/401).

A CEF apela sustentando sua ilegitimidade passiva para o feito. No mérito, defende a ausência de amparo legal para a desconstituição do contrato, a impossibilidade de devolução das parcelas pagas, a ausência de sua responsabilidade civil pelo evento e a ausência de dano moral. Alternativamente, pede a redução da indenização arbitrada a este título (fls. 405/426).

Contrarrazões pela parte autora (fls. 430/442).

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Da responsabilidade civil da CEF

No caso dos autos, a atuação da CEF não se restringiu às atividades típicas de mero agente financeiro em sentido estrito, mas, sim, como agente executor de política federal para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

Quanto a isto, consta expressamente do contrato de financiamento a obrigação e o

interesse da CEF em fiscalizar o andamento da obra, conforme se depreende do item *b*, da cláusula terceira (fl. 54):

> o crédito dos recursos na conta vinculada ao empreendimento destinados à construção será feito em parcelas mensais, *condicionando-se ao andamento das obras*, no percentual atestado no Relatório de Acompanhamento do Empreendimento - ERA, conforme o cronograma físico-financeiro aprovado pela CEF, o qual ficará fazendo parte integrante e complementar deste contrato, e ao cumprimento das demais exigências estabelecidas neste instrumento.

Ainda, o contrato foi celebrado no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, o que, somado à ao interesse mencionado, evidencia a sua atuação não como mero agente financeiro no contrato em questão, papel que poderia ter sido desempenhado por qualquer outra instituição financeira, mas como verdadeiro agente executor de política pública habitacional federal.

Assim é que esta Turma já decidiu pelo fato de a CEF, no caso dos autos, atuar como agente executora de políticas federais destinadas ao atendimento de moradia para pessoas de baixa renda, quando da apreciação do Agravo de Instrumento nº 0026602-81.2015.4.03.0000, nos seguintes termos:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SUSPENSÃO DA COBRANÇA DAS PARCELAS DO FINANCIAMENTO.
> I - Pretende o autor a rescisão de contrato de compra e venda de futura unidade autônoma, bem como de contrato de financiamento firmado com a CEF para pagamento do preço avençado, em virtude de atraso das obras e entrega do imóvel.
> II - *A CEF não integrou ou anuiu o contrato de compra e venda firmado entre o autor e a construtora. No entanto, a hipótese trata de financiamento da construção no âmbito do programa "minha casa, minha vida", figurando a instituição como agente executor de políticas federais destinadas ao atendimento de moradia para pessoas de baixa renda.*
> III - Consta expressamente do contrato de financiamento a obrigação e o interesse da CEF em fiscalizar o andamento da obra (item b, da cláusula 3ª), na medida em que o repasse dos valores se daria mensalmente de acordo com a evolução das obras, resguardando o mutuário, ao menos em tese, do pagamento dos valores à construtora sem que se desse prosseguimento à obra.
> IV - Considerando o atraso na entrega do imóvel por mais de dois (2) anos, não se pode sujeitar o autor, que não mais tem interesse no imóvel, a ônus moratórios decorrentes de situação a que não deu causa, não se afigurando viável a continuidade da cobrança das prestações de financiamento quando o imóvel objeto da compra que originou o mútuo não foi entregue.
> V - Agravo de instrumento desprovido.
> (TRF3, AI nº 0026602-81.2015.4.03.0000. Rel. Des. Fed. Wilson Zauhy. Primeira Turma, e-DJF3: 21/06/2016).

Nestas circunstâncias, a Jurisprudência tem admitido a legitimidade passiva e a responsabilidade civil solidária da CEF com o construtor do imóvel, conforme julgados que trago à colação:

> A questão da legitimidade passiva da CEF, na condição de agente financeiro, em ação de indenização por vício de construção, merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação

no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua atuação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH: (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas; (2) ou como *agente executor de políticas públicas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda*.
(STJ, REsp nº 1.163.228/AM. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma, DJe: 31/10/2012).

RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL CUJA OBRA FOI FINANCIADA. LEGITIMIDADE DO AGENTE FINANCEIRO.
1. *Em se tratando de empreendimento de natureza popular, destinado a mutuários de baixa renda, como na hipótese em julgamento, o agente financeiro é parte legítima para responder, solidariamente, por vícios na construção de imóvel cuja obra foi por ele financiada com recursos do Sistema Financeiro da Habitação. Precedentes.*
2. Ressalva quanto à fundamentação do voto-vista, no sentido de que a legitimidade passiva da instituição financeira não decorreria da mera circunstância de haver financiado a obra e nem de se tratar de mútuo contraído no âmbito do SFH, mas do fato de ter a CEF provido o empreendimento, elaborado o projeto com todas as especificações, escolhido a construtora e o negociado diretamente, dentro de programa de habitação popular.
3. Recurso especial improvido.
(STJ, REsp nº 738.071/SC. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, DJe: 09/12/2011).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA COMPROVADA. ARTIGOS 6º-A, IV E 9º DA LEI Nº 11.977/09. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL COMO AGENTE EXECUTOR DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.
- Versa o feito originário sobre pedido de inclusão da Caixa Econômica Federal no polo passivo da relação jurídica, sob o argumento de que esta foi coautora do empreendimento, tendo realizado a vistoria do bem, avalizando a qualidade e solidez do imóvel.
- O imóvel em debate foi negociado de acordo com as regras que disciplinam o Programa Minha Casa Minha Vida, disciplinado pela Lei nº 11.977/09. Neste programa, a CEF atua como agente gestora dos recursos, podendo, ainda, atuar como instituição financeira executora. É o que dispõem os artigos 6º-A, XIV e 9º do mencionado diploma legal.
- A CEF não atuou apenas como agente financeiro financiando a aquisição do imóvel para o mutuário, hipótese em que sua ilegitimidade seria evidente. Mais que isso, a CEF atuou reconhecidamente como agente executora de políticas públicas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa renda .
- *Resta caracterizada a legitimidade passiva da CEF para figurar no polo passivo em que discute a ocorrência de vícios na construção do imóvel.*
- Agravo de instrumento a que se dá provimento.
(TRF3, AI 0007641-58.2016.4.03.0000. Rel. Des. Fed. Wilson Zauhy. Primeira Turma, e-DJF3: 27/07/2016).

Assim, não se pode acolher a alegação de que tais vistorias técnicas teriam por finalidade tão somente o interesse da CEF na manutenção do lastro hipotecário, uma vez que a irregularidade no andamento da obra ensejaria ao banco o direito de não mais conceder recursos à construtora.

Com isto, rejeito a tese da apelante de que teria se obrigado, junto ao autor, tão somente pelo contrato de mútuo firmado entre as partes, mantendo o entendimento adotado em sentença no sentido de que é solidária a responsabilidade civil entre o banco apelante e a construtora corré quanto ao descumprimento do prazo de entrega do imóvel, justificando-se a rescisão

contratual com fundamento no art. 475 do Código Civil, bem como a condenação solidária dos réus ao pagamento das indenizações fixadas pelo Juízo de Origem.

Por tais razões, deve a sentença ser mantida neste ponto.

Do dano moral

Tenho que o caso dos autos, em que o autor despendeu a considerável quantia de mais de R$ 40.000,00 para aquisição de imóvel, cujo atraso na entrega superou o patamar de dois anos, revela situação que em muito ultrapassa os limites de um mero aborrecimento, ensejando o dano moral passível de recomposição.

Da indenização por dano moral

No que se refere ao arbitramento do valor a título de indenização por danos morais, é firme a orientação jurisprudencial no sentido de que, nesses casos, deve ser determinada segundo o critério da razoabilidade e do não enriquecimento despropositado, nos seguintes moldes, *in verbis*:

> A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso.
> (STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* RT 776/195)

Considerando as circunstâncias específicas do caso concreto, em especial o elevado valor despendido pelo autor para aquisição de imóvel, de mais de R$ 40.000,00, o considerável atraso na entrega das obras, de mais de dois anos e o não menos significativo grau de culpa dos corréus pelo atraso injustificado da obra, tenho que o valor arbitrado em sentença, de R$ 10.000,00, afigura-se adequado e suficiente à reparação do dano no caso dos autos, sem importar no enriquecimento indevido da parte, devendo ser mantido.

Dos honorários advocatícios

Considerando que a decisão foi publicada após 18 de março de 2016, que houve condenação ao pagamento de honorários advocatícios em valor abaixo dos limites do § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 e o não provimento do recurso (STJ, EDcl no AgInt no RESP nº 1.573.573 RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. DJe 08/05/2017), os honorários advocatícios devidos pela parte apelante devem ser majorados.

Observo que a condenação originária foi de ambos os réus, *pro rata*, ao pagamento de honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação, e que só um deles recorreu da decisão, não havendo que se falar em majoração do quanto devido pela outra parte sucumbente.

Embora a expressão *pro rata* indique que o pagamento da verba honorária deve ser feito pelos vencidos proporcionalmente - e não, necessariamente, em partes iguais - o Juízo de Origem não fez distinção entre o quanto devido por cada réu, afigurando-se razoável que ambos arquem com o ônus igualmente, em razão do semelhante grau de culpa de cada um deles no evento - da construtora, pelo atraso da obra em si, e do banco apelante, pela não adoção de qualquer medida prevista contratualmente contra ela.

Por tais razões, majoro os honorários advocatícios devidos pelo apelante de 5% para 7% sobre o valor atualizado da condenação, mantida a condenação da corré Conviva Ltda. ao

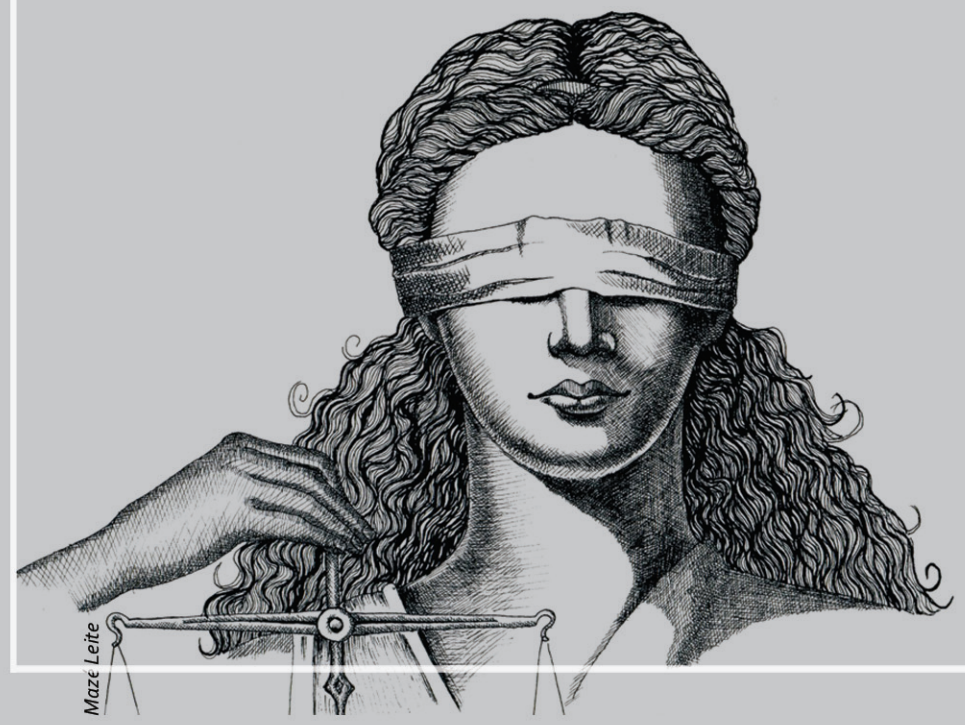
pagamento, a este título, de 5% sobre o valor atualizado da condenação.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e majorar os honorários advocatícios devidos pela apelante, nos termos da fundamentação.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

Direito Penal



Mazé Leite

APELAÇÃO CRIMINAL
0001056-11.2002.4.03.6004
(2002.60.04.001056-5)

Apelante: IDELFONSO MACHADO PARRA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CORUMBA - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: Ap. 75200
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2018

EMENTA

PROCESSO PENAL. ART. 149, *CAPUT*, E § 1º, II, NA FORMA DO ART. 70, TODOS DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONCURSO FORMAL.
1. A materialidade do delito está comprovada, sobretudo pela prova documental.
2. O réu confirmou que foi o responsável pela contratação e que tinha ciência de que eram cidadãos paraguaios. As declarações prestadas pelas testemunhas em sede judicial ratificam as informações narradas na denúncia de que os trabalhadores paraguaios contratados pelo réu eram mantidos em condições precárias, sem estrutura mínima para higiene, descanso e alimentação. Também indicam a proibição de deixarem o local,. Note-se que foi encontrada arma de fogo, que permite concluir que havia a intimidação dos prestadores de serviço arregimentados pelo réu, que os mantinha sob vigilância. As testemunhas declararam que existia um caderno de anotações para que fossem apontadas as despesas dos empregados o que também servia para impedi-los de deixar o local.
3. Todo o conjunto probatório permite concluir que os trabalhadores estrangeiros estavam sujeitos a condições degradantes de trabalho e tinham sua liberdade de locomoção reduzida e que o acusado tinha plena consciência da ilicitude de sua conduta.
4. Presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, uma vez que o réu declarou que eram verdadeiros os fatos narrados na denúncia e confirmou que foi ele quem contratara os trabalhadores.
5. Tendo em vista que o crime foi praticado contra 17 (dezessete) vítimas, sendo considerável o número de indivíduos atingidos pela conduta do acusado, é razoável o estabelecimento da fração de 1/2 (metade), para o concurso formal.
6. Em Sessão Plenária, o Supremo Tribunal Federal, em 17.02.16, firmou o entendimento, segundo o qual "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.16). Em regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (STF, Repercussão geral em ARE n. 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.16). A 5ª Turma do TRF da 3ª Região decidiu pela expedição de carta de sentença após

esgotadas as vias ordinárias (TRF da 3ª Região, ACr n. 2014.61.19.005575-3, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 06.02.17 e TRF da 3ª Região, ED em ACr n. 2013.61.10.004043-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 06.02.17).
7. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação para reduzir a pena de Ildefonso Machado Parra para 5 (cinco) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa e estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto, pela prática do crime do art. 149, *caput*, e § 1º, II, do Código Penal, em concurso formal; mantidos os demais termos da sentença e, por maioria, determinar a execução provisória, tão logo sejam esgotadas as vias ordinárias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação criminal interposta por Idelfonso Machado Parra contra a sentença de fls. 648/660 integrada pela decisão de fl. 717/717v., que o condenou a 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 4 (quatro) dias de reclusão, regime inicial de cumprimento de pena fechado, e 28 (vinte e oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime do art. 149, *caput*, e § 1º, II, do Código Penal, em concurso forma, art. 70 do mesmo diploma legal.

Apela-se, em síntese, alegando o seguinte:

a) ausência de dolo, uma vez que o réu não tinha consciência de que houvesse a redução à condição análoga de escravo, tendo agido de acordo com os costumes da região;

b) restou comprovado que houve a contratação de trabalhadores paraguaios para realização de tarefa, que consistia na construção de uma cerca, pelo tempo estimado de 90 (noventa) dias e que foi acertado que a retribuição pelos serviços seria de R$ 10,00 (dez reais) por dia, a ser pago ao fim da empreitada;

c) tendo transcorrido 15 (quinze) dias de trabalho não havia a exigência de o apelante pagar pela prestação dos serviços e foi demonstrado que a maioria dos trabalhadores paraguaios não tinha documentos pessoais, de maneira que o réu não poderia deles ter se apoderado para retê-los no serviço;

d) não há provas de que o apelante tenha retido os trabalhadores no local, e foi negado que esse ostentasse arma de fogo;

e) quando da chegada das autoridades ao local, o réu não estava lá, demonstrando que não havia restrição da circulação dos trabalhadores;

f) o filho do apelante também fazia parte do grupo e foi preso portando arma de fogo, mas nada demonstra que tal conduta tenha restringido a liberdade de ir e vir dos trabalhado-

res, considerando que havia 17 (dezessete) indivíduos;

g) dois dos trabalhadores deixaram o local e se dirigiram até a cidade de Miranda (MS), onde procuraram a autoridade policial e foi lavrado o boletim de ocorrência;

h) não há provas de trabalhos forçados, jornada exaustiva ou em condições degradantes;

i) a construção de cercas na região é trabalho árduo em ambiente hostil, mas isso não caracteriza necessariamente trabalho forçado, jornada exaustiva ou condições degradantes;

j) o acampamento é provisório para esse tipo de empreitada, razão pela qual não há espaço para banheiros químicos ou alojamento e demais exigências previstas em lei;

k) os trabalhadores recebiam alimentação, retornavam ainda durante o dia para o acampamento, de modo a repousar, sendo os paraguaios os mais habituados a esse trabalho;

l) o fato de dormirem em camas improvisadas não representa rebaixamento ou aviltamento da dignidade dos trabalhadores, considerando que se trata de costume;

m) as condições de trabalho eram normais;

n) houve atendimento aos trabalhadores que adoeceram, que foram levados para a cidade e medicados;

o) a pena-base foi fixada de maneira excessiva, tendo ocorrido "bis in idem" na valoração das circunstâncias judiciais;

p) presente a circunstância atenuante da confissão espontânea;

q) o aumento da pena em razão do concurso formal é desproporcional, não havendo justificativa para isso;

r) considerando as circunstâncias do delito, sendo o acusado primário e com atividade lícita, o regime inicial de cumprimento de pena é o menos gravoso, além de ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (fls. 689/705).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 707/715v.).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Uendel Domingues Ugatti, manifestou-se pelo desprovimento do recurso. Requereu que tão logo sejam esgotadas as vias ordinárias seja expedida a carta de sentença para o Juízo competente para a execução das penas, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292 e ADCs n. 43 e 44).

Os autos foram encaminhados à revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

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

Imputação. Idelfonso Machado Parra, Alonso Esgaib e Alexandre Lebedenko foram denunciados pela prática dos crimes previstos no art. 125, XII, da Lei n. 6.815/80, e art. 149, § 1º, II, c. c. o art. 29, ambos do Código Penal, por terem promovido a entrada de estrangeiros (cidadãos paraguaios) no Brasil, sem adotar as providências cabíveis, os quais mantiveram ocultos em clandestinidade, tendo os reduzido à condição análoga à de escravo:

Infere-se do incluso apuratório que, em maio de 2002, os denunciados contrataram cerca de dezessete trabalhadores paraguaios em Bella Vista/PY, para trabalhar na Fazenda Realejo, localizada em Corumbá/MS, os quais foram introduzidos clandestinamente no país, mantidos ocultos na clandestinidade e reduzidos à condição análoga à de escravo.
Consta dos autos que os paraguaios FLORÊNCIO MARTINEZ AVEIRO e JULIO DELGADO VILLAMAYOR, após empreender fuga do local supramencionado, compareceram na Delegacia de Polícia Civil de Miranda/MS, e denunciaram os crimes (fls. 05/07).
Segundo relataram, o denunciado ILDEFONSO MACHADO PARRA foi até o local de residência das vítimas, em território paraguaio, e os contratou, juntamente com outras pessoas, para uma empreita, a qual consistia na feitura de uma cerca na Fazenda Realejo, de propriedade do denunciado ALEXANDRE LEBEDENKO, pelo prazo de vinte a trinta dias, com pagamento de R$ 10,00 (dez reais) a diária.
Aduziram que, após alguns dias de trabalho no local, o administrador da fazenda, o denunciado ALONSO BARBOSA ESGAIB, questionou ILDEFONSO se aquelas pessoas teriam sido contratadas pelo prazo de três meses, o qual respondeu afirmativamente, sendo o fato negado pelos trabalhadores.
Diante da situação, ILDEFONSO teria afirmado que eles estavam trabalhando para o "homem" e que já não mandavam mais em si próprios, e retido, então, os documentos de viagem e o pagamento de seus compatriotas.
FLORÊNCIO e JULIO informaram, ainda, sobre as condições precárias do lugar em que foram alojados.
Com o objetivo de averiguar as denúncias efetuadas, uma equipe de policiais federais e fiscais do Ministério do Trabalho foi até a Fazenda Realejo e procedeu à fiscalização, conforme relatório de fls. 08/09. Na ocasião, foram encontrados dezessete estrangeiros de nacionalidade Paraguai, em situação irregular, trabalhando no local.
Ouvidos pelos policiais, às fls. 15/29, os trabalhadores estrangeiros confirmaram as denúncias, aduzindo que haviam sido contratados por ILDEFONSO para trabalhar na referida fazenda, com salário de R$ 10,00, por dia, entretanto nunca receberam nenhum dinheiro. Afirmaram, ainda, que dormiam em um acampamento no meio do mato, em péssimas condições, e que lhes era oferecido comida, porém não os deixavam sair do local.
Na ocasião, ALONSO BARBOSA ESGAIB prestou declarações, às fls. 12, aduzindo:
"QUE, é Administrador da Fazenda Realejo de propriedade de Alexandre Lebedenko, brasileiro, o qual reside em Presidente Prudente/SP, não sabendo precisar o endereço do mesmo, sabendo apenas o telefone: (18) 222.3399; QUE, em relação aos estrangeiros paraguaios encontrados na presente data trabalhando na fazenda, foram contratados pelo Empreiteiro Idelfonso Parra, que mora na Rua Salviano de Oliveira, 360 - Vila Pinheiro - Aquidauana/MS, tel.: (067) 214.1133; QUE, conhece pessoalmente o Empreiteiro Idelfonso; QUE, todos os estrangeiros foram contratados pelo Ildefonso para fazerem cerca na fazenda e por um período de 03 (três meses) aproximadamente tendo início a cerca de 02 (dois) meses passados; QUE, toda parte de contratação e pagamento é de responsabilidade de Ildefonso; QUE, desconhece que o estrangeiro na condição de TURISTA ou CLANDESTINO não pode trabalhar e que apenas os cartões de Entrada e Saída de alguns estrangeiros em sua guarda a pedido de Ildefonso para não extraviar; QUE, o Sr. Alexandre, proprietário da fazenda sabia que tais estrangeiros estavam sendo contratados pelo empreiteiro Ildefonso e acredita que o Sr. Alexandre também não conheça a Lei do estrangeiro, onde diz que TURISTA não pode trabalhar; (...)
Ouvido pela autoridade policial, às fls. 57/58, ILDEFONSO confessou a prática delituosa.
"QUE, conhece ALONSO BARBOSA ESGAIB da Fazenda REALEJO, no município de Corumbá/MS; QUE, ALONSO é capataz da fazenda REALEJO; QUE, não sabe precisar o nome do proprietário da referida propriedade; QUE, ALONSO o contratou para em regime de empreitada, realizar cercas na fazenda; QUE, como a fazenda é extensa, contratou mais de vinte pessoas para lhe ajudar; QUE, foi até a Cidade de Bela Vista/Brasil onde contactou seu irmão MARIANO MACHADO PARRA o que lhe disse que teria pessoas em Bella Vista/Paraguai e

> as contratou para a empreita; QUE, está em situação irregular no país, tendo em vista aqui morar desde os cinco anos de idade e nunca haver regularizado sua situação no país; (...); QUE há cerca de um mês atrás se dirigiu para a fazenda REALEJO com sua comitiva e lá começou a desenvolver s trabalhos; (...); QUE, após três dias de já estarem trabalhando apareceu na fazenda o Sr. ALONSO BARBOSA ESGAIB, capataz e responsável pela fazenda; (...)
> De acordo com o relato dos policiais que participaram da equipe de fiscalização, FRANCIRAN MENDES DE HOLANDA, RAIMUNDO NONATO GOMES FERREIRA, ROSEMARY FLÁVIO, CRISTIANO SALETE COSTA VALLE e MARCUS VINÍCIU A BURANELLO, às fls. 104/114, as condições das instalações utilizadas pelos trabalhadores eram as piores possíveis, sendo que as condições de higiene eram horríveis. Segundo eles, os trabalhadores reclamaram da situação de escravidão em que viviam, dizendo que haviam sido enganados ao chegar à Fazenda, de onde não podiam mais sair. Ademais, os trabalhadores eram vigiados por ILDEFONSO, o qual utilizava arma para intimidá-los. Inclusive, durante a fiscalização, houve a apreensão de uma arma de fogo de posse do filho de ILDEFONSO.
> Portanto, restou indubitável que os denunciados promoveram a introdução de estrangeiros em território nacional, sem adotar as providências cabíveis e que sabiam serem necessárias, mantendo-os ocultos e na clandestinidade, bem como os reduziram à condição análoga à de escravo.
> (...)
> A autoria de ambos os delitos é incontroversa. A materialidade do crime resta demonstrada pelos depoimentos uniformes no inquérito. (fls. 2/8).

Do processo. Houve o desmembramento do feito em relação ao acusado Alonso Barbosa Esgaib (fls. 419v., 421/421v.).

A sentença declarou a extinção da punibilidade de Alexandre Lebedenko, com relação ao crime do art. 149, *caput*, § 1º, II, do Código Penal, em razão da prescrição em abstrato do delito, nos termos do art. 107, IV, c. c. o art. 115 e do art. 109, *caput* e III, todos do Código Penal.

Também declarou a extinção da punibilidade de Ildefonso Machado Parra e Alexandre Lebedenko, em relação ao crime do art. 125, XII, da Lei n. 6.815/80, nos termos do art. 107, IV, e do art. 109, *caput* e IV, todos do Código Penal

Materialidade. A materialidade do delito está demonstrada pelos seguintes elementos de convicção:

a) Boletim de Ocorrência n. 261/2002 (fls. 14/15);

b) relatório de ordem de missão policial complementar (fls. 16/17);

c) auto de infração (fls. 19/37 e 67/68);

d) depoimentos dos trabalhadores e testemunha, em sede policial (fls. 22/37 e 112/122);

e) termos de rescisão de contrato de trabalho (fls. 48/63);

f) parecer emitido pela Polícia Federal (fls. 69/74);

g) notificação de que foi mantido o valor da multa aplicada (fl. 75).

Autoria. Resta comprovada a autoria delitiva.

As testemunhas Raimundo Nonato Gomes Ferreira e Marcus Vinicius Amaral Buranello, agentes da Polícia Federal, em Juízo, confirmaram que estiveram no local dos fatos onde constataram as condições em que eram mantidos os trabalhadores de origem estrangeira, que estavam em situação análoga de escravo. Disseram ter sido informados que esses não receberam os valores pelos serviços e não podiam sair dali. Declararam que os trabalhadores eram impedidos de deixar o local por indivíduo armado. Informaram que foi encontrado indivíduo

portando arma de fogo. Acrescentaram que os trabalhadores dormiam em um barracão de lona e a estrutura para alimentação e em geral era precária. Explicaram que no local dos fatos esteve uma equipe integrada da Polícia Federal e do Ministério Público do Trabalho. Não sabiam informar há quanto tempo estavam trabalhando no local (fls. 482/483 e mídia à fl. 484).

A Policial Federal Cristiane Salete Costa do Vale, ouvida como testemunha em sede judicial, declarou que esteve no local dos fatos e viu o acampamento em que estavam os trabalhadores estrangeiros. Acrescentou que foi ela quem encontrara a arma de fogo que era do filho do réu Ildefonso. Informou que os trabalhadores ficavam em barracas próximas ao local onde construíam as cercas. Disse que havia alguns desses deitados no chão e que dormiam em lugares improvisados. Acrescentou que os trabalhadores bebiam água de rio. Informou que foi dito a eles que os trabalhadores não podiam sair do local. Não soube responder como eram as condições de saúde de tais indivíduos. Declarou que o filho de Ildefonso também trabalhava na construção da cerca e os trabalhadores disseram que ele escondera a arma assim que a equipe de fiscalização chegara ao local. Asseverou que os trabalhadores das fazendas costumam se submeter a condições semelhantes. Disse que não sabia maiores detalhes sobre o contrato de trabalho (fl. 491 e mídia à fl. 492).

Ouvido na condição de testemunha, Franciran Mendes Holanda, em Juízo, declarou que participara na fiscalização ocorrida no local dos fatos. Afirmou que havia trabalhadores estrangeiros que estavam em condições precárias. Confirmou os fatos narrados na denúncia. Asseverou que um dos indivíduos que estava no local escondeu arma de fogo, que foi encontrada. Acrescentou que não havia banheiros e a estrutura geral e de alimentação não atendia ao que determina a lei. Disse que os trabalhadores eram impedidos de deixar o local, onde eram intimidados por indivíduo que portava arma de fogo. Declarou que os trabalhadores informaram que não recebiam os valores que haviam sido acordados. Confirmou as declarações que prestara em sede policial (fls. 551/552 e mídia à fl. 553).

As testemunhas Marcos Antonio Azeredo Passos e Leonardo Coutinho Cerávolo, em sede judicial, declararam que conheciam apenas Alexandre Lebedenko e nada sabiam que desabonasse a sua conduta. Nada disseram sobre os fatos (fls. 602/603 e mídia à fl. 620).

Alexandre Lebedenko, em sede judicial, quanto aos fatos, afirmou que comprara a fazenda mencionada nos autos entre 2000 e 2001 e que lhe inidicaram Alonso Esgaib para administrá-la, o qual contratou, com registro em carteira. Afirmou que lhe foi informada a necessidade de cercar a fazenda, razão pela qual Alonso contratou o empreiteiro Idelfonso. Não sabia que havia cidadãos paraguaios trabalhando em sua fazenda, do que teve conhecimento apenas quando da ação da Polícia Federal e do Ministério Público do Trabalho. Acrescentou que contratara advogado para regularizar a situação dos trabalhadores, tendo arcado com as despesas de deportação dos estrangeiros. Informou que foram impostas multas, as quais pagara, assim, como quitou os valores devidos aos trabalhadores, cumprindo o que foi determinado pelas autoridades. Disse que Idelfonso se comprometera a trabalhar para finalizar a construção da cerca, o que fizera com a ajuda de trabalhadores brasileiros. Afirmou que Alonso declarou aos policiais que ele tinha conhecimento da presença de trabalhadores paraguaios em suas terras, por ter se sentido intimidado. Declarou ter tido conhecimento de que o filho de Idelfonso foi agredido por policiais. Acrescentou que os trabalhadores ficavam em barracas de lona e na medida em que a cerca progredia o acampamento ia sendo mudado. Asseverou ter ciência de que foi apreendida arma de fogo com o filho de Idelfonso, mas negou que houvesse utilização na fazenda. Disse que os trabalhadores poderiam ter saído do local espontaneamente se quisessem. Afirmou que Idelfonso negou que tivesse arma de fogo no local. Declarou ter outros empregados em outras fazendas, que eram registrados e negou que houvesse trabalhadores

paraguaios em tais locais. Negou ter oprimido aos trabalhadores. Afirmou que Ildefonso assumiu a responsabilidade pelo ocorrido. Alonso disse a ele que não sabia que os trabalhadores eram paraguaios e não lhe informou que guardara os cartões de entrada e saída dos estrangeiros na sede da fazenda. Explicou que Alonso não acompanhava o trabalho porque cuidava de outras fazendas. Não tem conhecimento se esse tinha ciência das condições de alimentação e acomodação dos trabalhadores. Informou que o acesso era apenas por cavalo, razão pela qual a comunicação se dava só no começo e na entrega do serviço. Os trabalhadores ficaram entre 15 e 20 dias na fazenda e não recordou se houve adiantamento, embora acreditasse que esse teria sido necessário. Não recordou do valor cobrado pela empreitada, mas havia contrato em que constava tal informação (fls. 319/322).

Em seu interrogatório judicial, Ildefonso Parra Machado declarou que eram verdadeiros os fatos narrados na denúncia. Afirmou que era empreiteiro e trabalhara na fazenda mencionada nos autos, cujo dono era Alexandre e o capataz era Alonso, para a construção de cercas, tendo contratado cerca de 17 (dezessete) trabalhadores paraguaios, para quem pagava cerca de R$ 10,00 (dez reais) ao dia. Informou que esses dormiam em um barraco, tendo-lhes fornecido alimentação, a qual não era descontada do salário. Acrescentou que os trabalhadores lá ficaram cerca de 15 (quinze) dias e haviam sido contratados por 3 (três) meses. Disse que os trabalhadores dormiam em um "giral" e que poderiam deixar o local se quisessem. Explicou que não conhecia Alexandre, pois havia sido contratado por Alonso. Acrescentou que era ele quem fazia o pagamento dos trabalhadores e isso se daria ao fim da empreitada. Declarou que não tinha conhecimento de que não poderia contratar cidadãos paraguaios para trabalhar no Brasil. Afirmou que foi ele quem pagara pelo transporte dos trabalhadores até o local. Negou ter retido os documentos dos trabalhadores. Confirmou que sabia que eram paraguaios (fls. 346/347).

O réu confirmou que foi o responsável pela contratação e que tinha ciência de que eram cidadãos paraguaios.

As declarações prestadas pelas testemunhas em sede judicial ratificam as informações narradas na denúncia de que os trabalhadores paraguaios contratados pelo réu Ildefonso eram mantidos em condições precárias, sem estrutura mínima para higiene, descanso e alimentação. Também indicam a proibição de deixarem o local, conforme havia sido declarado em sede policial pelos trabalhadores que denunciaram as condições para a autoridade policial. Note-se que foi encontrada arma de fogo, que permite concluir que havia a intimidação dos prestadores de serviço arregimentados pelo réu, que os mantinha sob vigilância.

Ressalte-se que as testemunhas Marcus Vinicius Amaral Buranello e Franciran Mendes Holanda declararam que existia um caderno de anotações para que fossem apontadas as despesas dos empregados o que também servia para impedi-los de deixar o local.

Portanto, todo o conjunto probatório permite concluir que os trabalhadores estrangeiros estavam sujeitos a condições degradantes de trabalho e tinham sua liberdade de locomoção reduzida e que o acusado tinha plena consciência da ilicitude de sua conduta.

Comprovadas a materialidade e a autoria, a condenação do acusado é mantida.

Dosimetria. A pena-base foi fixada na sentença acima do mínimo legal, em 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa.

Ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Em razão do concurso formal, a pena foi aumentada da 1/2 (metade), passando para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 4 (quatro) dias de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, a qual foi tornada definitiva.

Fixado o regime inicial de cumprimento de pena fechado.

Não houve a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

A defesa alega a existência de *bis in idem* para a fixação da pena-base, tendo em vista que a sentença exasperou a pena 1/3 (um terço) pela culpabilidade e quanto a personalidade, circunstâncias e consequências do crime elevou mais 1/6 (um sexto) para cada. Acrescenta que está presente a circunstância atenuante da confissão espontânea e que o aumento da pena em razão do concurso formal é desproporcional, não havendo justificativa para isso. Assevera que considerando as circunstâncias do delito, sendo o acusado primário e com atividade lícita, o regime inicial de cumprimento de pena é o menos gravoso, além de ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Considerando que o acusado é primário e não tem antecedentes (fl.610v. e 612). Mas, sendo a sua reprovabilidade de sua conduta e sua culpabilidade acentuadas, uma vez que os trabalhadores além de submetidos a condições degradantes tinham a sua locomoção restrita em razão de dívida, também tendo em vista a personalidade do acusado, que intimidava os trabalhadores e os submetia a vigilância ostensiva, com a utilização de arma de fogo, e, ainda, as circunstâncias do delitos, pois os trabalhadores foram trazidos de seu país para serem reduzidos à condição de escravos em território nacional, é justificável a fixação da pena-base acima do mínimo legal, a qual é estabelecida no dobro do mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, uma vez que o réu declarou que eram verdadeiros os fatos narrados na denúncia e confirmou que foi ele quem contratara os trabalhadores, a pena é reduzida 1/6 (um sexto), perfazendo 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.

Tendo em vista que o crime foi praticado contra 17 (dezessete) vítimas, sendo considerável o número de indivíduos atingidos pela conduta do acusado, é razoável o estabelecimento da fração de 1/2 (metade), para o concurso formal, a qual é mantida, por ser adequada ao caso, totalizando a pena de 5 (cinco) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa, a qual torno definitiva.

Considerada a pena fixada para o acusado, o regime inicial de cumprimento de pena é o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Não há a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, uma vez que não estão preenchidos os requisitos legais (art. 44, I, do Código Penal).

Execução provisória. HC n. 126.292 do Supremo Tribunal Federal. Esgotamento das vias ordinárias. Em Sessão Plenária, o Supremo Tribunal Federal, em 17.02.16, firmou o entendimento, segundo o qual "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.16). Em regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (STF, Repercussão geral em ARE n. 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.16). A 5ª Turma do TRF da 3ª Região decidiu pela expedição de carta de sentença após esgotadas as vias ordinárias (TRF da 3ª Região, ACr n. 2014.61.19.005575-3, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 06.02.17 e TRF da 3ª Região, ED em ACr n. 2013.61.10.004043-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 06.02.17).

Do caso dos autos. A Procuradoria Regional da República requer a imediata execução da pena.

Confirmada a condenação do réu por este Tribunal Regional Federal, determino a execução provisória, tão logo sejam esgotadas as vias ordinárias, em conformidade com o acórdão proferido no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação para reduzir a pena de Ildefonso Machado Parra para 5 (cinco) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa e estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto, pela prática do crime do art. 149, *caput*, e § 1º, II, do Código Penal, em concurso formal. Mantidos os demais termos da sentença. Determino a execução provisória, tão logo sejam esgotadas as vias ordinárias.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO:

Trata-se de apelação interposta pelo réu Idelfonso Machado Parra contra a sentença de fls. 648/660, integrada pela decisão de fls. 717/717-verso, que o condenou ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 4 (quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime do artigo 149, *caput* e § 1º, inciso II, do Código Penal, em concurso formal.

Em suas razões de apelação, a defesa pugna pela absolvição do acusado, por ausência de dolo, bem como de prova de autoria e materialidade. Alternativamente, requer a redução da pena-base; aplicação da atenuante da confissão; o afastamento do aumento de pena em razão do concurso formal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 689/705).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso. Requereu a expedição de carta de sentença para o Juízo competente para a execução das penas, após o esgotamento das vias ordinárias, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº 126.292 e ADCs nº 43 e 44).

Em sessão de julgamento realizada em 25/06/2018, a 5ª Turma desta Corte Regional decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação para reduzir a pena de Ildefonso Machado Parra para 5 (cinco) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa e estabelecer o regime inicial semiaberto, pela prática do crime do art. 149, *caput* e §1º, inciso II, do Código Penal, em concurso formal, mantidos os demais termos da sentença. Além disso, por maioria, determinou a execução provisória, após o esgotamento das vias ordinárias, nos termos do voto do relator Desembargador Federal André Nekatschalow, no que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Paulo Fontes.

Aqui, a minha divergência cinge-se ao momento de início da execução provisória da pena.

Passo a declarar meu voto.

No que toca ao mérito do recurso, *acompanho* o relator para dar parcial provimento ao recurso da defesa.

Divirjo tão somente quanto à determinação da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

O princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é absoluto e não comporta exceções.

No particular, ainda que mantida a condenação proferida em primeiro grau, entendo não ser o caso de determinar a execução provisória da decisão penal condenatória.

Isto porque, no momento do julgamento da apelação, ainda não se verifica o esgotamento das vias ordinárias, razão pela qual não há falar em execução provisória da pena, ainda que por força de precedente do Supremo Tribunal Federal (HC nº 126.292).

O paradigma acima apontado não determina a execução provisória da pena diante de um julgamento de segundo grau; apenas a possibilita uma vez exauridas as instâncias ordinárias criminais, o que não se verifica no momento em que o julgador aprecia o recurso de apelação. Neste momento processual, ainda são cabíveis outros recursos.

Antes do trânsito em julgado da condenação, que ocorre com o esgotamento de todos os recursos, só é possível a prisão de natureza cautelar.

Desta feita, ainda que encerradas as vias ordinárias, a execução provisória da pena, com a consequente decretação da prisão do réu, dependeria da comprovação dos requisitos legais e da imprescindibilidade da medida (artigos 282, §6º, 312, *caput* e 313, todos do Código de Processo Penal).

Ante o exposto, *dou parcial provimento* à apelação defensiva para reduzir a pena do acusado para 5 (cinco) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa e fixar regime inicial semiaberto, pela prática do crime do artigo 149, *caput* e §1º, inciso II, do Código Penal, em concurso formal (*acompanho* o relator) e *indefiro* o pedido de expedição de carta de sentença antes do trânsito em julgado (*divirjo* do relator).

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO

APELAÇÃO CRIMINAL
0000604-88.2009.4.03.6122
(2009.61.22.000604-4)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E FERNANDO ALVES DOS SANTOS FONSECA
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TUPÃ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: Ap. 48731
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2018

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. ROUBO CONTRA OS CORREIOS. ART. 157, § 2º, I E II, CP. MATERIALIDADE, DOLO E AUTORIA COMPROVADOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONCURSO DE PESSOAS. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PENA DE MULTA. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSOS NÃO PROVIDOS. PENA DE MULTA REDUZIDA DE OFÍCIO.

1. Laudo de insanidade mental produzido consoante o art. 159, § 1º, do CPP, o qual permite que, na falta de perito oficial, o exame pericial seja realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

2. Salvo a hipótese de incompatibilidade ou impedimento legal (art. 112, CPP), não há óbice legal que impeça a participação de experto nomeado pelo juízo em mais de um exame pericial.

3. A mera brevidade do laudo pericial não implica sua nulidade, se os quesitos formulados pelas partes foram satisfatoriamente respondidos pelo perito.

4. Materialidade, autoria e dolo referentes ao crime de roubo, cometido nos moldes do art. 157, § 2º, I, do Código Penal comprovados.

5. Anulada a primeira sentença condenatória devido a recurso interposto exclusivamente pela defesa, deve-se observar o princípio da *non reformatio in pejus* indireta para a prolação da segunda. Precedentes.

6. Embora o emprego de arma de fogo esteja tipificado como causa especial de aumento para o crime de roubo, as demais circunstâncias em que a grave ameaça foi exercida contra as vítimas podem extrapolar o tipo derivado e devem ser adequadamente sopesadas na dosimetria da pena-base.

7. É vedada a valoração negativa, a título de maus antecedentes ou reincidência, de quaisquer registros que não sejam condenações criminais com trânsito em julgado, ante o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). Súmula 444 do c. STJ.

8. É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos em crime de roubo, ante expressa vedação legal (art. 44, inc. I, CP).

9. Recursos de apelação ministerial e de defesa não providos. Pena de multa reduzida de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento* aos recursos de apelação interpostos pela acusação e pela defesa e, de ofício, reduzir a pena de multa aplicada, fixando a pena definitiva de *Fernando Alves dos Santos Fonseca* em *10 (dez) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 27 (vinte e sete) dias-multa*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo *Ministério Público Federal* (fls. 558/576) e por *Fernando Alves dos Santos Fonseca* (fls. 598/607) contra a r. sentença de fls. 550/555 que julgou parcialmente procedente o pedido para absolver o réu do delito previsto no artigo 14 da Lei 10.826/2003, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, e condená-lo nas penas do artigo 157, §2º, I, do Código Penal, a 10 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, no regime fechado, e 369 dias-multa.

O Ministério Público Federal, em suas razões recursais, sustenta que há equívoco da sentença porque, na primeira sentença, a qual foi anulada pelo eg. TRF, a pena-base foi fixada em 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa; enquanto que, na presente sentença, a pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Assim, teria se distanciado das circunstâncias fáticas constantes nos autos, considerando, nessa nova sentença, de forma diversa, a valoração das mesmíssimas circunstâncias judiciais corretamente apreciadas na primeira sentença. Alega que o réu se utilizou de grave ameaça contra clientes e funcionário das ECT, causando temor não só pelo emprego de arma de fogo, mas por ter prometido mata-las, caso chamassem a polícia, demonstrando hostilidade. Consigna que, conforme as testemunhas, após o roubo, o réu saiu normalmente em direção à avenida, demonstrando frieza, ousadia e desprezo, devendo-se entender a culpabilidade como desfavorável ao réu, e não considera-la como neutra. Quanto à personalidade, a primeira sentença entendeu como desfavorável, contudo, na segunda, o MM. Juízo "a quo" a considerou "neutra". Alega que o réu já foi processado diversas vezes, fazendo do crime seu meio de vida e principal fonte de renda, ser reincidente no crime de porte de arma de uso restrito. Requer sejam reconhecidas como desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade, da personalidade, bem como as circunstâncias do crime para exasperar a pena-base do réu. Pede, por fim, o reconhecimento do concurso de agentes previsto no artigo 157, §2º, II do Código Penal, e o concurso material de crimes previsto no artigo 71 do Código Penal.

Nas suas razões recursais, o réu sustenta que sofre de disartria, a qual foi constatada em audiência por todos, mas teria sido negligenciado no laudo pericial, embora tivesse exposto nos dois laudos a dificuldade da fala do réu. Entende que a perita que participou do primeiro laudo não poderia participar do segundo, tendo feito apenas uma cópia do primeiro laudo e, o segundo perito, se limitando apenas a responder laconicamente. Afirma que pelas fotografias

de ambos os inquéritos não se constata que o réu tenha praticado os ilícitos, porque o réu tem estatura acima da média, quase dois metros de altura, sendo que o "meliante" (sic) que praticou os ilícitos é de estatura mediana. Anota que não há prova de nenhuma espécie que incrimine o réu.

Com as contrarrazões do réu (fls. 595/598) e do Ministério Público Federal (fls. 609/616), subiram os autos a esta Corte.

Foram realizados dois Laudos Periciais para aferir a sanidade mental do réu (fls. 508/512 e fls. 528/531), concluindo pela ausência de insanidade mental.

A Procuradoria Regional da República (fls. 618/621) ofereceu Parecer, opinando pelo desprovimento do apelo do réu e parcial provimento à apelação da acusação apenas para exasperar a pena-base conforme estabelecido na sentença anulada e, de ofício, a reforma na quantidade de dias-multa para restabelecer os 27 (vinte e sete) dias-multa fixadas na primeira sentença.

É o relatório.

À revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Hélio Martins Ferrez e *Fernando Alves dos Santos Fonseca* foram denunciados pelos crimes previstos no art. 157, § 2º, incisos I e II, c. c. o art. 29 do Código Penal, e art. 14 da Lei nº 10.826/03, pelos fatos a seguir expostos.

Consta da peça acusatória que, em 20/02/2009 e 02/03/2009, os acusados, agindo em comunhão de esforços e unidade de desígnios, subtraíram para si, mediante grave ameaça, com emprego de arma de fogo, coisa alheia móvel nas dependências da agência dos Correios localizada no município de Parapuã/SP.

Segundo o Ministério Público Federal, *Hélio Martins Ferrez* teria prestado auxílio material para o cometimento do crime, por ter dado cobertura e dirigido o veículo utilizado para a fuga do local do crime.

Por sua vez, *Fernando Alves dos Santos Fonseca* teria ingressado na agência dos Correios de Parapuã/SP e, após sacar uma arma, anunciado o assalto.

Após subtrair quantias de R$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais) e R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) que se encontrava em caixas da empresa pública, *Fernando Alves dos Santos Fonseca* teria saído do local caminhando normalmente em direção à avenida principal da cidade, onde, segundo populares, teria embarcado num veículo que o aguardava.

Os fatos teriam sido descobertos por ocasião da prisão em flagrante delito dos acusados em Ida Iolanda/SP por crime de roubo cometido contra a agência dos Correios desta municipalidade, consoante o depoimento de vítimas e testemunhas.

O *modus operandi* adotado pelos acusados seria sempre o mesmo: enquanto *Fernando* entrava na agência dos Correios e anunciava o roubo, *Hélio* permanecia no veículo GM/Monza, com placas de Araçatuba/SP, dava cobertura e providenciava a fuga.

Após processamento do feito, sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia, para: a) absolver os acusados da imputação de prática do crime disposto no art. 14 da Lei nº 10.826/03, nos termos do artigo 386, III, do CPP; b) condenar *Fernando Alves dos*

Santos Fonseca a 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 27 (vinte e sete) dias-multa, pelo delito do art. 157, § 2º, I, do Código Penal; c) e absolver *Hélio Martins Ferrez* da imputação pelo crime do art. delito do art. 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal, nos termos do art. 386, V, do CPP (fls. 397/402).

Em recurso de apelação, a defesa de *Fernando Alves dos Santos Fonseca* requereu, preliminarmente, a anulação da sentença condenatória para instauração de incidente de insanidade mental, porquanto o réu seria dependente químico e, ao tempo do fato, teria consumido drogas e, assim, não se encontrava em condições de lucidez e tirocínio ao agir. No mérito, pleiteou a absolvição do acusado por insuficiência de provas de autoria (fls. 451/454).

Em sessão de julgamento realizada em 16/07/2013, a colenda Primeira Turma deste Tribunal houve por bem acolher a preliminar suscitada, para anular a sentença de primeiro grau e determinar a conversão do julgamento em diligência, para que fosse instaurado incidente de insanidade mental (fls. 486).

Instaurado o incidente, concluiu-se que o acusado possuía sanidade mental ao tempo do fato, razão por qual a ação penal foi retomada (fls. 508/514).

Sobreveio, então, nova sentença, que julgou parcialmente procedente a denúncia, para: a) absolver *Fernando Alves dos Santos Fonseca* do delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03, nos termos do artigo 386, III, do CPP; b) condená-lo a 10 (dez) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime fechado, e 369 (trezentos e sessenta e nove) dias-multa, pelo delito do art. 157, § 2º, I, do Código Penal; c) absolver *Hélio Martins Ferrez* da imputação do delito do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, no termos do art. 386, V, do CPP.

Passo à análise das razões recursais.

Preliminarmente, a defesa alega nulidade do laudo pericial produzido no incidente de insanidade mental, por ter sido realizado pela mesma perita que realizara laudo pericial anterior e por ser uma mera cópia deste laudo.

Não lhe assiste razão.

Antes de tudo, note-se que o art. 159, § 1º, do CPP permite que, na falta de perito oficial, o exame pericial seja realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

No presente caso, os peritos nomeados pelo juízo detêm qualificação de médicos psiquiátricos, o que dá cumprimento ao referido requisito legal (fls. 146/150 e 152, dos autos nº 0000999-07.2014.4.03.6122, apensos).

Verifica-se, também, ter sido observado o previsto no art. 159, § 3º, do CPP, intimando-se o Ministério Público Federal e a defesa para que, querendo, formulassem quesitos (fls. 13), o que foi feito somente pela acusação (fl. 20).

Pois bem. Os peritos que elaboraram os laudos ativeram-se a tais quesitos e a outros formulados pelo juízo, respondendo-os de forma clara e conclusiva.

Além disso, as partes, a tempo e modo, manifestaram-se sobre os laudos (fls. 154 e 157/158, do incidente apenso).

Não se vislumbra, portanto, nenhum cerceamento de defesa.

Quanto à impugnação referente ao fato de a Dra. Cristina Alvarez Guzzardi (CRM 40.664) ter participado dos dois exames periciais realizados (fls. 06/10 e 146/150 do incidente), inexiste nulidade a ser sanada, pois não há óbice legal que impeça a participação de experto nomeado

pelo juízo em mais de uma perícia.

Outrossim, a defesa não arguiu em nenhum momento incompatibilidade ou impedimento legal dos peritos, de forma que fosse instaurado a competente exceção de suspeição para análise dos argumentos apresentados (art. 112, CPP).

Por fim, a despeito da singeleza do laudo assinado pelo segundo perito, no segundo exame realizado (fls. 152 do incidente), não há falar-se em nulidade, pois todos os quesitos formulados foram adequadamente respondidos.

Passo ao *mérito recursal*.

A *materialidade delitiva* dos crimes de roubo está comprovada por: a) depoimentos testemunhais de *Ideis Maria de Souza Tsunoda*, funcionária dos Correios (fls. 57/58), e *Canuto Soroca* (fls. 60/61), funcionário público municipal (vigia de praça pública) (fls. 60/61); b) cópia de Auto de Exibição e Apreensão, em que consta a retenção, na data da prisão em flagrante do apelante em Nhandeara/SP, de um revólver Taurus, calibre .38, cano curto, oxidado, nº 1402619, com cabo de madeira quebrado, municiado com cinco projéteis de calibre compatível, marca CBC (fls. 65), e respectiva cópia de laudo pericial atestando a eficácia do artefato para disparos (fls. 67); c) cópias dos processos administrativos instaurados pelos Correios, referentes aos fatos ocorridos na agência dos Correios em Parapuã/SP em 20/02/2009 e 02/03/2009 (Apensos I e II).

A *autoria* e *dolo* estão igualmente comprovados.

A testemunha *Ideis Maria de Souza Tsunada* (fl. 356), funcionária dos Correios, afirmou que estava presente na agência de Parapuã/SP tanto em 20/02/2009 como em 02/03/2009. Afirmou que, na primeira ocasião, estava com seu colega de atendimento, quando um indivíduo adentrou a agência, sacou uma arma e já anunciou o assalto. O assaltante ordenou que os dois funcionários abrissem as gavetas (dos caixas) e colocasse o dinheiro em uma mochila (ou bolsa), o que foi cumprido. A ação foi rápida, questão de minutos. O indivíduo apontou a arma para a testemunha e seu colega. Acredita que foram subtraídos de seu caixa aproximadamente R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). O assaltante estava sozinho e, assim que pegou o dinheiro, saiu da agência, dobrando uma esquina, a pé. Procuraram se informar sobre a direção que o assaltante tomara, mas ninguém soube informar. No segundo assalto (02/03/2009), a testemunha se encontrava na sala de seu chefe, quando ouviu um barulho. Quando foi ver do que se tratava, se deparou novamente com o mesmo indivíduo, que assaltava um colega da depoente. O roubador ordenou à testemunha que abrisse o seu caixa, para subtrair o dinheiro que ali estava. O assaltante também tencionou roubar um senhor que se encontrava na agência, mas foi demovido pelo colega da depoente. Foi embora da agência a pé e não o viu utilizando nenhum automóvel ou na companhia de alguém. Descreveu o criminoso como alguém moreno, alto, que usava boné, nas duas ocasiões. Reconheceu *Fernando Alves dos Santos Fonseca* como o responsável pelos dois roubos praticados em Parapuã/SP, por fotografias e pessoalmente, em audiência.

A testemunha *Canuto Soroca* (fl. 357), funcionário municipal (vigilante), relatou em juízo que sempre passa pelos Correios e, no dia do primeiro crime, se deparou com *Fernando Alves dos Santos Fonseca* (reconhecendo-o em audiência). Disse que, na ocasião, cumprimentou todos os presentes, mas o réu não correspondeu ao cumprimento, o que achou estranho. Naquela mesma hora, uma "menina" lhe disse que a agência dos Correios fora roubada, por um "moreninho", aquele que passara e não cumprimentara a testemunha, entrando depressa e "apavorado" na agência. Acionaram a polícia, mas não foi possível prender o réu em flagrante, devido à rapidez da ação criminosa. Posteriormente, ocorreu outro roubo, cometido pela mes-

ma pessoa, mas em horário diferente. Ficou sabendo que o acusado se evadiu a pé. Não soube dizer se o réu fugira em um carro. Asseverou ter visto o corréu *Hélio Martins Ferrez* uma única vez, no dia do segundo roubo, na praça municipal, momentos antes do crime. Não viu quando *Hélio* saiu da praça, por estar sempre caminhando. Avistou o corréu com um celular, mas ele não o usava naquele momento. Afirmou que viu *Fernando Alves dos Santos Fonseca* com um embrulho, no dia do primeiro roubo. Não se recorda da roupa que usava, mas se lembra que vestia um boné.

De sua parte, a testemunha *Miriam Aparecida Oliveira Goes* (fl. 355), gerente da agência dos Correios de Inúbia Paulista/SP, esclareceu que, em 27/02/2009, por volta das 14h00, tinha acabado de atender um cliente e se encontrava sozinha na agência, quando um indivíduo entrou e anunciou o assalto, com um revólver. Na hora que o viu, reconheceu-o de imediato, pois já havia visto fotos do responsável pelo crime de roubo cometido (na agência dos Correios) em Parapuã/SP. O indivíduo então "pulou para dentro" (o balcão), mirando o revólver para a testemunha, e pediu-lhe para ir até a sua gaveta, para pegar o dinheiro que ali se encontrava. Tudo ocorreu muito rápido. O indivíduo ordenou: "Põe na bolsa! Põe na bolsa". Tratava-se de uma bolsa a tiracolo, do tipo usado por carteiros. Usava boné. Dizia muito rápido: "Anda! Anda logo! Põe o dinheiro aqui! Pega as moedas também! Tudo!". Nesse instante chegou uma cliente, para a qual o assaltante mirou a arma, ordenando-lhe que passasse sua bolsa e dinheiro. A cliente (*Clarice Alves Martins Dias*) não acreditou que fosse um assalto a princípio e o indivíduo, percebendo isso, pulou o balcão e foi em sua direção. Ele apontava o revólver ora para a testemunha, ora para a cliente. Foram subtraídos, também, cartões telefônicos. O assaltante ordenou, ainda, que fosse aberto o cofre, mas a testemunha disse que não seria possível, porque tinha sistema de retardo. Ordenou às vítimas, então, que não saíssem, senão atiraria. Após sua saída, a testemunha contatou a polícia. Além dos cartões telefônicos, foram subtraídos quase R$ 1.000,00 (mil reais) pertencentes aos Correios. Acredita que nada foi subtraído de Clarice. A testemunha, então, reconheceu pessoalmente *Fernando Alves dos Santos Fonseca*, presente na audiência, como autor do crime. Não viu para onde o acusado se dirigiu após o assalto, porque fechou a porta da agência assim que saiu.

Já a testemunha *Clarice Alves Martins Dias* (fl. 354) declarou em juízo que dirigiu-se à agência dos Correios de Inúbia Paulista/SP, para buscar um celular seu, enviado para conserto por correio. Ao adentrar a agência, um indivíduo anunciou o assalto, pulou o balcão e apontou um revólver para a testemunha, perguntando se tinha "alguma coisa", ao que a vítima respondeu que não. O indivíduo vistoriou sua bolsa, que tinha algum dinheiro, mas que não foi subtraído, por que ele se encontrava "muito apavorado". O assaltante, então, tornou a pular o balcão para o interior da agência. Não teve nenhum objeto seu subtraído. Relatou que o assaltante ordenou a funcionária dos Correios que abrisse o cofre, mas ela lhe dissera que não sabia o segredo para abri-lo. Ele então se apavorou e logo foi embora, ordenando que não olhassem para fora da agência. Não viu o rumo tomado pelo indivíduo. Questionada se reconhecia o réu *Fernando Alves dos Santos Fonseca* como sendo o responsável pelo roubo, não o reconheceu assertivamente, dizendo apenas que o indivíduo, no dia dos fatos, vestia um boné e era "moreno" ou "negro". Não teve tempo de reparar na estatura do indivíduo, embora tenha ficado bem próximo dela.

A testemunha arrolada pela defesa de *Hélio Martins Ferrez*, Mauro Lúcio Martins (fl. 358), consignou que conhece o réu há vinte anos. Não sabe de nada que o desabone. Conhece sua família. Não tem conhecimento de que tenha praticado algum crime. Afirmou não conhecer o corréu *Fernando Alves dos Santos Fonseca*. Asseverou que *Hélio Martins Ferrez* já lhe prestara serviço de ourives em sua relojoaria e que ele mesmo já tivera sua própria relojoaria,

no centro de Araçatuba, mantida até o final de 2008 ou 2009. A testemunha foi fiador do réu até ele vender a relojoaria. Indagada a razão de o réu vender a relojoaria, a testemunha disse que, à época, perguntou ao réu se ele passava por dificuldades financeiras, ao ele respondeu que não, mas somente que estava cansado e que desejava trabalhar como corretor de imóveis. Ficou sabendo que o réu figurava como parte em um processo, mas não soube dar detalhes. O acusado é, junto à sua esposa, provedor da família, composta por mais três filhas, uma delas casada. Sabe que o réu é proprietário de um GM/Monza (cinza, prata ou bege), que a própria testemunha lhe vendeu no início de 2009.

Em interrogatório judicial, *Hélio Martins Ferraz* (fl. 359), negou os fatos imputados. Afirmou nunca ter ido a nenhuma das duas cidades em que ocorreram os roubos ou ter ficado sentado na praça apontada pela testemunha *Canuto Soroca*. Alegou nunca ter visto a testemunha ou esta tê-lo visto. Conhece apenas as cidades de Presidente Prudente/SP e Tupã/SP. Confirmou conhecer *Fernando Alves dos Santos Fonseca* e que passou a conhecê-lo no restaurante que frequentava com sua mulher, chamado "Terra Boi" (Araçatuba/SP), onde o corréu trabalhava cuidando dos carros. Nunca manteve negócios com *Fernando*. Não sabe se o réu cometeu algum crime. O interrogando tinha dois celulares, mas não se recorda dos números. Não se lembra se tinha números telefônicos de Fernando. Confirmou ter comprado um veículo GM/Monza de *Mauro Lúcio Martins*, por R$ 10.000,00 (dez mil reais), para sua esposa. Alegou ter usado o referido carro apenas duas vezes, uma para levar uma vizinha para o hospital e outra quando foi preso. Disse que, no dia de sua prisão, se dirigira a Rio Preto/SP para tratar de negócios e havia dado uma carona para *Fernando*, sendo que o corréu havia praticado um assalto, por isso foi detido junto a ele. Na delegacia de polícia, foi obrigado a assinar um termo de interrogatório que não correspondia à sua versão dos fatos, após ter sofrido agressões físicas. Desde sua prisão, envolveram-no na investigação de outros crimes, que também não cometeu. Negou ter um revólver Taurus .38, mas revelou já ter tido arma de fogo, dez anos antes (por trabalhar com compra e venda de ouro). Manteve a arma por pouco tempo, até passar a frequentar a igreja.

Por fim, em interrogatório judicial, *Fernando Alves dos Santos Fonseca* (fl. 360) alegou que, após ser preso, passou a ser acusado de vários roubos que não cometeu. Confessou ter praticado um crime de roubo em agência dos Correios localizada naquela cidade. Alegou que, naquele crime, ingressou na agência, mas não apontou a arma para ninguém, e anunciou o assalto. Na data, usava uma camiseta de time de futebol (São Paulo F. C.) e um boné. Questionado por que as testemunhas o teriam indigitado como o responsável pelos crimes de roubo, disse que, pessoas como ele, de "cor escura", são facilmente confundidas. Sempre teve corte de cabelo "social", curto. Nos idos de 2009, estava no "mundo do crime" e usava "trancinhas" no cabelo, mas agora segue a palavra de Deus. Não se recorda de fatos passados, devido a seu testemunho de fé, mas somente do presente, desde 2009. Afirmou que sofreu agressões físicas por parte de policiais e obrigado a assinar papeis, sob ameaça de prisão de sua mãe. Trabalha como pintor, mas fazia "bico" de frentista na churrascaria "Terra do Boi". Tinha um telefone celular antes da prisão, que ganhou de um amigo, do "mundo pecaminoso", da "bandidagem". No dia da prisão, estava com o corréu *Hélio Martins Ferraz*. Alegou que estava em Rio Preto/SP, na casa de parentes, mas estava perdido por lá e, como conhece muita gente na churrascaria, decidiu para lá se dirigir, para encontrar alguém para ajudá-lo. Avistou, então, o automóvel GM/Monza de *Hélio* estacionado em uma feira de carros e resolveu aguardá-lo para pedir uma carona. Ao se encontrarem, *Hélio* lhe concedeu a carona. Disse que, em dado momento, o corréu parou o carro para comprar cigarros, momento em que o interrogando aproveitou para cometer o roubo, sem que aquele soubesse. Na volta, foram presos. Negou

que tivesse o número de telefone de *Hélio*. Não conhece as regiões de Parapuã/SP ou Inúbia Paulista/SP. Confirmou que o revólver Taurus .38 encontrado na data de sua prisão era seu. Indagado por que confessou outros crimes perante a autoridade policial, disse que foi obrigado a fazê-lo, por ter sido ameaçado de sofrer violência física.

Da análise dos autos, conclui-se que *Fernando Alves dos Santos Fonseca* é de fato o responsável pelos crimes de roubo cometidos em 20/02/2009 e 02/03/2009 na agência dos Correios localizada em Parapuã/SP.

Verifico que, dentre as testemunhas ouvidas, *Ideis Maria de Souza Tsunada, Miriam Aparecida Oliveira Goes e Canuto Soroca* reconheceram pessoalmente *Fernando Alves dos Santos Fonseca*, em audiência de instrução.

Nesse passo, destaca-se o depoimento de *Ideis Maria de Souza Tsunada*, a qual estava presente na agência dos Correios em ambos os dias e viu o acusado em ação nas duas ocasiões. A testemunha declinou características físicas compatíveis com as do réu (moreno, alto), assim como asseverou que fazia o uso de um boné quando praticava os crimes.

As provas dos autos revelam que *Fernando Alves dos Santos Fonseca* tinha o costume de utilizar essa peça de vestuário - um boné - ao praticar os crimes de roubo contra os Correis, conforme corroboram os depoimentos de *Canuto Soroca e Clarice Alves Martins Dias*. Além disso, o próprio acusado reconheceu que fazia uso desse adereço quando cometeu o roubo em Ida Iolanda/SP. Não é demasiado destacar que tal vestimenta foi apreendida com o réu no dia de sua prisão em flagrante (fls. 64).

Por sua vez, *Canuto Soroca* também confirmou ter avistado o acusado no dia do primeiro roubo cometido em Parapuã/SP, nas cercanias da agência dos Correios, momentos antes do crime.

Observa-se, ainda, que o *modus operandi* adotado pelo acusado, conforme narrado por *Ideis Maria de Souza Tsunada* (ação rápida, com arma em punho, subtraindo-se os valores dos caixas e bens particulares das vítimas), é compatível com a narrativa concedida por *Miriam Aparecida Oliveira Goes*, vítima de crime de roubo cometido de forma similar na agência dos Correios de Inúbia Paulista/SP, em 27/02/2009.

Não por acaso, *Miriam Aparecida Oliveira Goes* também reconheceu pessoalmente *Fernando Alves dos Santos Fonseca*, apontando-o como autor do roubo cometido em Inúbia Paulista/SP. Vale destacar que, no momento do crime, a acusada reconheceu o acusado de pronto, logo quando anunciou o assalto, devido ao fato de já ter visto fotos suas, por ter sido informada anteriormente sobre o crime de roubo cometido em Parapuã/SP (em 20/02/2009).

Enfim, *Clarice Alves Martins Dias* não reconheceu o acusado em juízo, mas corroborou a descrição do modus operandi concedida por *Miriam Aparecida Oliveira Goes*, expôs característica física compatível com o réu "moreno" ou "negro" e, como dito, confirmou que usava um boné no momento do delito.

Pelo lado da defesa, *Fernando Alves dos Santos Fonseca* e o corréu *Hélio Martins Ferraz* se limitaram a negar a autoria dos fatos denunciados, sem trazer à instrução elementos que pudessem desconstituir as provas apresentadas pela acusação, conforme exige o art. 156 do CPP.

Quando indagado acerca do motivo que teria levado as testemunhas a indicá-lo como o autor dos crimes cometidos em Parapuã/SP, *Fernando Alves dos Santos Fonseca* restringiu-se a dizer que acredita ter sido confundido devido à cor de sua cútis.

Revelada a autoria do crime, o dolo está comprovado pela própria grave ameaça, empregada com arma de fogo, de que se valeu o réu para a subtração dos valores.

Diante das provas carreadas aos autos, a outra conclusão não se chega senão à responsabilidade criminal do acusado, de forma confirmo sua condenação.

Passo à *dosimetria da pena*.

De início, verifico que a primeira sentença condenatória, anulada por decisão desta Corte Regional, foi proferida conforme a seguir (fls. 400, v./402):

> [...] Desta feita, a responsabilidade penal de Fernando Alves dos Santos Fonseca restringe-se ao crime de roubo, razão pela qual passo a individualização da pena (art. 59, *caput*, do CP).
> Atentando à culpabilidade: a censurabilidade e reprovabilidade da conduta, dado o emprego da grave ameaça, caracterizada pelo emprego de arma de fogo; aos antecedentes: responde a inquéritos e processos judiciais, sendo extensa sua ficha criminal; já foi condenado por uso de entorpecente e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (fls. 232/234), ensejando reincidência a ser considerada na próxima fase; à conduta social: sabe-se que é casado, tem três filhos, diz-se ser pintor e/ou guardador de carros e viciado em maconha (fl. 36, do IP); a personalidade do agente: demonstra mácula de caráter, mais compatível com o meio criminoso; aos motivos do crime: não foram esclarecidos pelo réu, que negou a autoria do delito, mas induz ser a obtenção de bens da vida, de modo fácil, sem o esforço do trabalho; às circunstâncias do crime: agiu com ousadia participando de assalto as agências dos Correios em plena luz do dia, sequer temendo que qualquer pessoa pudesse deter a prática dos atos delituosos; às consequências do crime: os valores e cartões telefônicos não foram recuperados, carreando à ECT os prejuízos, além de ter produzido insegurança social, caracterizada por ações dessa espécie em comunidade pacata do interior, além de ter afetado o serviço prestado pelos Correios e causado abalo psicológico às vítimas da violência (funcionários da ECT); bem como ao comportamento da vítima: em nada contribuiu para o delito.
> Por conta das circunstâncias enunciadas desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, cada um valendo um trigésimo do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, atentando para a situação econômica do réu, que declarou ter atividade remunerada ao tempo da prisão, estimada em R$ 300,00 mensais (fl. 36, do IP).
> Não há atenuantes a serem consideradas.
> Presente agravante da reincidência, majoro a pena (em 1/6) para 7 (sete) anos de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa.
> Como causas de aumento, tem-se o emprego de arma de fogo, conforme prova teste munhal e imagens cedidas pela ECT permitiram concluir. Já a causa de aumento alusiva ao concurso de pessoas não restou demonstrada, haja vista a absolvição do corréu e a ausência de elementos que permitam indicar participação de outra pessoa nos ilícitos. Assim, majoro a pena em 1/3, fixando a pena em definitivo em definitivo em 9 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão.
> Ainda como causa de aumento, subsiste a continuidade delitiva - art. 71 do Código Penal -, incidente à espécie uma vez o réu reiterou a conduta por 3 (três) vezes. Assim, aumento a pena em 1/4 (um quarto), o que implica pena de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 27 (vinte e sete) dias-multa, que torno definitiva.
> O início do cumprimento da pena deve se dar em regime fechado (CP art. 33, 2º, a).
> Incabível a substituição da pena no caso em tela, ante a pena aplicada e por se tratar de crime praticado com grave ameaça à pessoa (art. 44, I, do Código Penal).
> Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO a fim de:
> I) absolver FERNANDO ALVES DOS SANTOS FONSECA e HELIO MARTINS FERREZ do delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal;
> II) condenar FERNANDO ALVES DOS SANTOS FONSECA nas penas do art. 157, 2º, I, do Código Penal, a 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, regime fechado, e 27 (vinte e sete) dias-multa;

III) absolver HELIO MARTINS FERREZ do delito descrito no art. 157, 2º, I e II, do Código Penal, nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal.
Considerando o regime inicial de cumprimento da pena, as circunstâncias pessoais do réu (reincidência), a reiteração das condutas (sempre com o emprego de arma de fogo e grave ameaça) e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, decreto a prisão de Fernando Alves dos Santos Fonseca. Expeça-se mandado de prisão.
[...]

Já a segunda sentença condenatória foi lavrada nos seguintes termos (fls. 550/555):

[...]
Portanto, restringe-se a responsabilidade penal de Fernando Alves dos Santos Fonseca ao crime de roubo, motivo pelo qual passo a individualização da pena (art. 59, *caput*, do CP).
A) culpabilidade: é neutra, porque nada nos autos aponta merecer maior censura a conduta do réu;
B) antecedentes: do que se extrai dos autos, responde a inquéritos e processos judiciais, sendo extensa sua ficha criminal; já tendo sido condenado com trânsito em julgado por uso de entorpecente e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (fls. 232/234), um dos crimes deve ser valorado como circunstância desfavorável ao réu - o outro servirá para fins de reincidência;
C) conduta social: é neutra, pois se sabe apenas ser casado, com três filhos, diz-se ser pintor e/ou guardador de carros e viciado em maconha (fl. 36, do IP);
D) personalidade do agente: é neutra, na medida em que os autos não contêm elementos de aferição;
C) motivos do crime: não foram esclarecidos pelo réu, que negou a autoria do delito, mas induz ser obter bens da vida, de modo fácil, sem o esforço do trabalho, em prejuízo alheio, o que se reveste de elementar do tipo e, assim, deve ser considerada como neutra;
D) às circunstâncias do crime: neutra, porquanto inerentes ao tipo penal;
E) às consequências do crime: deve ser considerada em seu desfavor, pois os valores e cartões telefônicos não foram recuperados, carreando à ECT os prejuízos (embora os valores não sejam expressivos, deve ser sopesado o contexto dos roubos, cujos montantes surrupiados representaram a totalidade dos recursos das agências da ECT atingidas), além de ter produzido insegurança social, caracterizada por ações dessa espécie em comunidade pacata do interior; afetado ainda o serviço prestado pelos Correios, causando abalo psicológico às vítimas da violência (em especial, aos funcionários da ECT, conforme testemunhos);
F) comportamento da vítima: em nada contribuiu para o delito.
Por força das circunstâncias judiciais enunciadas, duas desfavoráveis ao réu (antecedentes e circunstâncias do crime), fixo a pena-base da pena privativa de liberdade em 5 anos e 6 meses de reclusão.
Não há circunstância atenuante, somente a agravante decorrente da reincidência (art. 61, I, do CP - condenado por crimes de uso de entorpecente e de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito - fls. 232/234). Assim, aumento a pena privativa de liberdade (em 1/6), que passa a corresponder a 6 anos e 5 meses de reclusão.
Ausente causa de diminuição.
Tem-se, como causa de aumento, o emprego de arma de fogo, conforme prova testemunhal e imagens cedidas pela ECT permitiram concluir. Já a causa de aumento alusiva ao concurso de pessoas não restou demonstrada, haja vista a absolvição do corréu e a ausência de elementos que permitam indicar participação de outra pessoa nos ilícitos. Dessa forma, majoro a pena privativa de liberdade em 1/3, fixando-a em 8 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão.
Subsiste ainda a continuidade delitiva - art. 71 do Código Penal -, que incide na espécie uma que vez o réu reiterou a mesma conduta por 3 (três) sucessivas vezes. Assim, aumento a pena

privativa de liberdade em 1/5, que passa a corresponder a 10 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, que torno definitiva.
Quanto à multa, fixo em 369 dias-multa, proporcionalmente à pena privativa de liberdade apurada nas fases de dosimetria. Considerando a capacidade econômica do réu, que declarou ter atividade remunerada ao tempo da prisão, estimada em R$ 300,00 mensais (fl. 36, do IP), estabeleço o dia-multa no valor correspondente a 1/30 do salário mínimo, vigente ao tempo do crime.
O início do cumprimento da pena deve se dar em regime fechado (CP art. 33, 2º, a).
Incabível a substituição da pena no caso em tela, ante a pena aplicada e por se tratar de crime praticado com grave ameaça à pessoa (art. 44, I, do Código Penal).
Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO a fim de:
A) absolver FERNANDO ALVES DOS SANTOS FONSECA e HELIO MARTINS FERREZ do delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal;
B) condenar FERNANDO ALVES DOS SANTOS FONSECA nas penas do art. 157, 2º, I, do Código Penal, a 10 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, regime fechado, e 369 dias-multa;
C) absolver HELIO MARTINS FERREZ do delito descrito no art. 157, 2º, I e II, do Código Penal, nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal.
Considerando o regime inicial de cumprimento da pena, as circunstâncias pessoais do réu (reincidência), a reiteração das condutas (sempre com o emprego de arma de fogo e grave ameaça) e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, o condenado deverá permanecer preso mesmo na hipótese de eventual recurso. Sem prejuízo, oficie-se ao juízo das execuções informando o teor desta sentença (ressaltando a declaração de nulidade do primeiro julgado) e solicitando-lhe a análise dos demais requisitos para que, nos termos da atual redação do 2º do art. 387 do CPP, seja imediatamente avaliada eventual detração e a possibilidade de progressão de regime prisional do réu.
[...]

Primeira fase: afirma o Ministério Público Federal que a pena-base aplicada seria insuficiente para a reprovação e prevenção dos crimes.

Nesse passo, alega que, na segunda sentença condenatória prolatada, o MM. Juiz *a quo* teria considerado de forma diversa a valoração das mesmas circunstâncias que já haviam sido apreciadas na primeira sentença (anulada).

Sustenta que a culpabilidade e a personalidade do réu, bem como as circunstâncias do crime, exigiriam a exasperação da pena.

Não assiste razão à acusação.

Observe-se, a princípio, que a extensão do pedido formulado pelo Ministério Público Federal encontra-se limitada pelo princípio da *non reformatio in pejus* indireta.

Em outras palavras, o provimento do recurso da acusação não deve levar ao estabelecimento de pena mais severa que aquela fixada na primeira sentença condenatória, eis que esta restou anulada em razão de recurso de apelação interposto exclusivamente pela defesa (cf. STF, HC 113.512, HC 115.428, HC 109. 298; TRF3, ACR 25.812).

No que toca à *culpabilidade*, o Ministério Público Federal alega que o réu atuou com grave ameaça contra funcionárias e clientes dos Correios, causando temor não apenas pelo uso de arma de fogo, mas prometendo matá-las caso chamassem a polícia, o que demonstra extrema hostilidade para garantir a subtração dos valores.

Com efeito, embora o emprego de arma de fogo esteja tipificado como causa especial de aumento para o crime de roubo, é certo que as demais circunstâncias em que a grave ameaça

foi exercida contra as vítimas podem extrapolar o tipo derivado sob análise e devem ser adequadamente sopesadas na dosimetria da pena.

De fato, não se deve considerar trivial, mas, sim, merecedor de maior censura o uso pelo agente de ameaça ou violência além daquela indispensável para a subtração dos bens almejados.

O excessivo temor incutido nas vítimas não é elemento ínsito ao crime de roubo e justifica o agravamento da pena.

No presente caso, contudo, a grave hostilidade alegada pelo Ministério Público Federal não restou comprovada pelos testemunhos das vítimas, que apenas declararam que o acusado praticou o crime com arma em punho, apontando erraticamente para uma ou outra pessoa.

Quanto à *personalidade* do réu, a acusação afirma que já foi processado por diversas vezes, fazendo do crime seu meio de vida e principal fonte de renda. Pontua que, mesmo tendo sido condenado por crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (com trânsito em julgado), voltou a praticar o mesmo crime, e a prática de três roubos com arma de fogo em cidades de pequeno porte, o que deve ser valorado negativamente.

Os argumentos não prosperam.

Verifico que as duas condenações transitadas em julgado do acusado foram devidamente consideradas na fixação de sua pena, uma a título de mau antecedente e outra como reincidência.

Outrossim, é vedada a valoração negativa de quaisquer registros do réu que não sejam condenações criminais com trânsito em julgado, ante o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e conforme direciona a Súmula 444 do c. STJ.

Além disso, é imprópria a asserção de que registros criminais denotam traço da personalidade do acusado, eis que, a rigor, não revelam característica psicológica que guarde relação de causalidade com os crimes cometidos.

No tocante às *circunstâncias do crime*, diz a acusação que, após o assalto, o réu saiu andando normalmente pela avenida da cidade, demonstrando audácia e destemor da gravidade dos crimes que acabara de cometer, devendo-se considerar o tamanho da população e a reduzida força policial, com um sistema de segurança precário, na fixação da pena.

A alegação também não deve ser acolhida.

Todas as testemunhas ouvidas não puderam informar de que forma o acusado se evadiu. Além disso, dado que o réu reside em Araçatuba/SP, não é extraordinário o fato de ter elegido cidade vizinha para cometer os crimes.

Assim, mantém-se a pena-base em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Segunda fase: não há atenuantes.

Quanto às agravantes, mantém-se o reconhecimento da reincidência, tendo em vista a existência de uma condenação com trânsito em julgado, conforme mencionado na r. sentença, de modo que confirma-se a elevação em 1/6 da pena nesta fase.

Mantém-se a pena em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão nesta fase.

Terceira fase: não há causas de diminuição de pena.

Quanto às causas de aumento, requer a acusação o reconhecimento do concurso de agentes previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

O pedido não prospera.

Os indícios iniciais de que o acusado teria sido auxiliado por um indivíduo não se con-

firmaram com a instrução, tanto que a ausência de provas levou à absolvição do corréu Hélio Martins Ferrez.

Além disso, a causa de aumento em questão tampouco foi reconhecida na primeira sentença condenatória e do não reconhecimento o Ministério Público Federal não recorreu, o que igualmente exige a incidência do princípio *non reformatio in pejus*.

Confirmada a causa de aumento do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, com majoração em 1/3, mantém-se a pena-base em 8 (oito) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Quanto à pretensão da acusação de aplicação do art. 69 do Código Penal, esta não deve ser aceita.

Isso porque a primeira sentença não reconheceu o *concurso material de crimes* e contra esta matéria a acusação não se insurgiu, de forma que a questão se encontra sob a égide da *non reformatio in pejus*.

Mantém-se, portanto, a *continuidade delitiva* do artigo 71 do Código Penal, com agravamento da pena em 1/5 (um quinto).

Em suma, sem alterações na dosimetria, *mantém-se a pena privativa de liberdade do réu em 10 (dez) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão.*

No que concerne à *pena de multa*, verifica-se que a primeira sentença, anulada, condenou o acusado ao pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa. A segunda sentença, por outro lado, condenou-o ao pagamento de 369 (trezentos e sessenta e nove) dias-multa.

Novamente por força da *non reformatio in pejus, reduzo, de ofício, a pena de multa para o patamar originário*, 27 (vinte e sete) dias-multa, cada qual arbitrado em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato.

Para a fixação do regime inicial para a pena privativa de liberdade, devem ser observados os seguintes fatores: espécie de pena de privativa de liberdade, ou seja, reclusão ou detenção (art. 33, *caput*, CP); quantidade de pena aplicada (art. 33, § 2º, alíneas a, b e c, CP); caracterização ou não da reincidência (art. 33, § 2º, alíneas b e c, CP) e circunstâncias do art. 59 do Código Penal (art. 33, § 3º, CP).

Tendo em vista tratar-se de réu reincidente e diante do *quantum* da pena estabelecida, mantém-se o regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, a, do Código Penal.

Por fim, é incabível a *substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos* em crime de roubo, ante a expressa vedação legal prevista no art. 44, inc. I, do Código Penal.

Ante o exposto, *nego provimento* aos recursos de apelação interpostos pela acusação e pela defesa e, de ofício, reduzo a pena de multa aplicada, fixando a pena definitiva de *Fernando Alves dos Santos Fonseca* em *10 (dez) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 27 (vinte e sete) dias-multa.*

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0001451-13.2011.4.03.6125
(2011.61.25.001451-7)

Apelantes: ADEMAR TENTE DA ROSA E DOUGLAS PORTO GUIMARÃES
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OURINHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: Ap. 66879
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2018

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO. ART. 334-A, § 1º, V, C.C. ARTIGO 3º DO DECRETO LEI N. 399/68ART. 29, CP. ART. 183, DA LEI N. 9472/97. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS.. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.
1. Autoria de materialidade restaram suficientemente demonstradas.
2. O réu afirmou ter ciência de que transportaria mercadoria oriunda do Paraguai desprovida de nota fiscal, tendo declarado, inclusive, que sabia que a mercadoria seria perdida caso o caminhão fosse parado em blitz policial e, por isso eram acompanhados por "batedor".
Assim, o apelante conscientemente assentiu em transportar carga que sabia estar desacompanhada de documentação. Mesmo que se pudesse acreditar na versão de desconhecimento sobre tratar-se de cigarro ou que desconhecia a origem dos produtos, fica nítido o seu dolo na prática delitiva, na modalidade eventual, ou seja, na assunção plena do resultado.
3. Tampouco é crível a versão do corréu de que se deslocou mais de 4 horas, em atendimento ao pedido de um amigo, sem saber detalhes da empreitada, em veículo de terceiro cujo nome não soube declinar, especialmente quando se verifica a existência de rádio transceptor de seu automóvel e a declaração do condutor do caminhão de que ele seria aguardado na função de "batedor".
3. Entre o de cumprimento de pena de condenação anterior e os fatos aqui tratados, transcorreu prazo inferior a 5(cinco) anos, o que caracteriza a reincidência e impede a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos.
5. Apelos defensivos não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos apelos defensivos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de APELAÇÕES CRIMINAIS interpostas por DOUGLAS PORTO GUIMARÃES e ADEMAR TENTE DA ROSA em face da sentença de fls. 547/556v, proferida pela MM. Juíza Federal da 1ª Vara Federal de Ourinhos/SP, que julgou procedente a pretensão punitiva veiculada na denúncia, para fins de:

a) condenar o réu ADEMAR TENTE DA ROSA como incurso nas sanções do artigo 334, *caput*, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, conforme acima explicitado;

b) condenar o réu DOUGLAS PORTO GUIMARÃES como incurso nas sanções do artigo 334, *caput*, do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos de reclusão, e pelo crime descrito no artigo 183 da Lei n. 9472/97, à pena de 2 (dois) anos de detenção e 10 dias-multa, em regime inicial aberto.

Em suas razões de recurso (fls. 568/570), ADEMAR TENTE DA ROSA requer sua absolvição e, alternativamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Apela, também a defesa de DOUGLAS PORTO GUIMARÃES (fls. 583/585) e pleiteia sua absolvição.

Contrarrazões do Ministério Público Federal às fls. 588/592, pelo não provimento dos recursos defensivos.

Em parecer ministerial, a Exma. Procuradora Regional da República, Dra. Maria Silvia de Meira Luedemann, manifestou-se pelo não provimento do recurso de apelação (fls. 603/608).

É O RELATÓRIO.

À revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Do caso dos autos

ADEMAR TENTE DA ROSA e DOUGLAS PORTO GUIMARÃES foram denunciados como incursos nas penas dos artigos 334, *caput*, do Código Penal, c.c. art. 3º do Decreto Lei n. 399/68 e 29, do Código Penal. O corréu DOUGLAS foi denunciado ainda pela prática do delito previsto no artigo 183 da Lei n.9472/97.

A respeito dos fatos narrados na denúncia, consta o que segue:

> (...)
> Em 03 de março de 2010, no Auto Posto Cruzado em Santa Cruz do Rio Pardo, às 00:30h, ADEMAR TENTE DA ROSA, DOUGLAS PORTO GUIMARÃES, FABIANO BARBOSA SOUZA SALES e ADRIANO LEAL, previamente ajustados, todos agindo em concurso e com absoluta identidade de propósitos, iludiram o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadorias estrangeiras no território nacional.
> Na ocasião, policiais militares foram requisitados afim de averiguar quatro indivíduos em atitude suspeita, que estariam conduzindo um caminhão FORD F4000 placas LVC-6535, DE Cabo Frio (RJ). Ao procederem à abordagem dos indivíduos identificaram no FIAT DOBLÔ

> ADEMAR TENTE DA ROSA e FABIANO BARBOSA SOUZA TELES, e na F4000 DOUGLAS PORTO GUIMARÃES e ADRIANO LEAL e, ao efetuarem vistoria no interior do caminhão, encontraram grande quantidade de pacotes de cigarros de procedência estrangeira, introduzidos de forma clandestina no país.
> Por ocasião da abordagem inicial, ADEMAR tentou evadir-se do local, somente parando após ordem enérgica dos policiais.
> Indagado acerca dos fatos, ADEMAR TENTE DA ROSA pontuou que era na verdade motorista do caminhão F4000, contratado em Foz do Iguaçu/PR, por pessoa que não sabe o nome, para conduzir o caminhão recheado de cigarros até São Paulo/SP mediante paga de R$500,00. ADRIANO também acompanhava ADEMAR na empreitada criminosa, atuando na manutenção mecânica da F4000 durante toda a prática delitiva. Pontua-se que ADEMAR confirmou que ADRIANO efetuara a manutenção da F4000 já no hotel em que fora contratado par a empreitada ilícita.
> DOUGLAS e FABIANO atuavam como batedores da F4000 ocupando o FIAT DOBLÔ, veículo produto de roubo ocorrido no Rio de Janeiro, "clonado" e equipado com rádio transceptor sem autorização da ANATEL (fl. 79), restando evidente que prestavam apoio ao transporte clandestino dos cigarros e que não se tratavam de meros prestadores de serviços de mecânica.
> Os Autos de Infração e Termos de Apreensão e Guarda Fiscal n. 0811800/00104/10, acostados às fls. 133/141, constataram que as mercadorias apreendidas são de origem estrangeira, avaliadas em R$10.422, 16 (dez mil quatrocentos e vinte e dois reais e dezesseis centavos), estiando-se os tributos iludidos em R$32.340,01 (trinta e dois mil, trezentos e quarenta reais e um centavo).
> (...) - fls. 229/230.

O feito foi desmembrado em relação aos denunciados Fabiano e Adriano (fls. 350/351).

Após regular prosseguimento do feito, a ação penal foi julgada procedente.

Apelam as defesas de Ademar Tente da Rosa e de Douglas Porto Guimarães.

Ausentes arguições preliminares, passo à análise do mérito recursal.

Do mérito recursal

Materialidade.

A materialidade do delito não foi objeto de irresignação e restou comprovada nos autos através do Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 09/12); Botelim de Ocorrência (fls. 13/16); Laudo Pericial de "exame de veículo terrestre" (fl. 55/63); Laudo de exame Documentoscópico - alteração documental (fl. 88/93); Termo de Apreensão e Guarda Fiscal (fls. 109/110); Representação para fins penais (fls. 129/132). Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal (fls. 133/142).

Autoria.

A defesa de ambos os réus pleiteia absolvição ao argumento de inexistência de provas de autoria. Não é o que se depreende do conjunto probatório dos autos.

Os policiais militares, Dorival Antonio Borges e Wagner Croco, que participaram da ocorrência que culminou com a prisão dos réus foram ouvidos nas fases inquisitorial e judicial.

Narraram que, no dia dos fatos, foi solicitada a presença de policiais no "Posto Cruzadão", porque "pessoas suspeitas ali transitavam" (fl. 17). Chegando ao local, a equipe policial abordou Ademar Tente Rosa e Fabiano Barbosa, que estavam em um Fiat Doblô. Ademar tentou se evadir do local, mas parou após ordem policial. Perguntado, Ademar teria dito aos policiais que levaria a carga apreendida para São Paulo, em local ignorado.

Em juízo, os policiais narraram os fatos da mesma maneira (mídia de fls. 435).

O réu Ademar Tente da Rosa, inquirido perante a autoridade policial (fl. 21/22), disse ter sido contratado "por pessoa que não sabe nem o nome para dirigir o caminhão F4000 de Foz do Iguaçu/PR até São Paulo/SP (..) que conheceu Adriano (preso na mesma ocasião) no hotel onde fora contratado, mas que ele não estava junto de seu contratante (...) e salvo engano trabalha como mecânico, inclusive ressalta que na viagem em questão o caminhão quebrou em três oportunidade e Adriano o consertou".

Em juízo (mídia de fl. 475), Ademar confirmou os fatos narrados na denúncia, mas alegou que não sabia que o caminhão estava carregado de cigarros. A carroceria estava coberta com uma lona e, por isso, não foi possível ver qual era a mercadoria no interior da carroceria.

Contou que amigos de Foz do Iguaçu indicaram a ele que uma pessoa, hospedada em um hotel próximo, queria contratar alguém para dirigir um caminhão com mercadorias até São Paulo. Chegando ao local foi recepcionado por Adriano.

Segundo o réu, o "rapaz do hotel", que o contratou, disse que a mercadoria era "roupa, jaqueta e coisarada".

Perguntado, respondeu que "o Adriano já estava lá (no hotel), porque ele tinha arrumado o caminhão, mas não era dono do caminhão, nem da mercadoria, nem nada, ele apenas estava lá me esperando (...) ele viajou junto no caminhão (...) e chegando em São Paulo, ele que saberia o endereço de entrega, porque ele era de lá".(sic)

Esclareceu que Adriano não sabia dirigir caminhão, tampouco tinha a habilitação necessária.

Disse que pegou o caminhão em Foz do Iguaçu, em um posto de gasolina na BR277, ao lado de uma oficina mecânica. Receberia R$500,00 (quinhentos reais) quando a mercadoria fosse entregue, em São Paulo.

Acrescentou:

> Na época eu estava desempregado, morava na favela, tudo, surgiu essa oportunidade de ganhar R$500 e eu fui dirigir o caminhão (...) só sei fazer isso mesmo na vida, só o que sei fazer é dirigir.
> De Foz foi um outro veiculo (acompanhando o caminhão), mas aí fundiu o motor e por isso eu estava parado no posto de gasolina porque viria outro batedor me guiando até lá (São Paulo)... aí chegou este outro carro que era uma doblô, que eu nem vi. Nunca vi nem a Doblô nem estes outros rapazes (...)
> Aí estes dois ficaram discutindo lá entre eles e queriam falar com o rapaz que dirigia o carro que tinha quebrado. Ele tinha ficado uma cidade antes. Eu ia leva-los até lá e foi nessa hora que a polícia abordou a gente, por isso me pegou dentro da Doblô, porque eu ia acompanhar ele, não estava dirigindo a Doblô. Não cheguei nem a sair do posto.

O corréu Douglas Porto Guimarães, ouvido em sede policial, afirmou que, por ser mecânico, foi chamado por Adriano, para consertar um caminhão F4000, que estaria no Posto Cruzadão, em Santa Cruz do Rio Pardo. Disse ter convidado o amigo Fabiano para lhe acompanhar porque este, além de lhe ajudar esporadicamente em sua oficina, conhecia bem a estrada. Acrescentou que "não ia pagar nada para Fabiano e este viajava com o declarante por pura amizade". Alegou que não sabia o que havia no caminhão, tampouco conhecia Ademar Tente da Rosa (fls. 27/28)

Douglas não foi ouvido em juízo, porque não encontrado no endereço declinado. Foi declarado revel, nos termos do artigo 367, do CPP (fl. 427).

Consideradas as provas carreadas aos autos, não merece acolhida o pleito de absolvição dos corréus, como requerem as defesas respectivas.

O réu ADEMAR afirmou em seus interrogatórios que tinha ciência de que transportaria mercadoria oriunda do Paraguai desprovida de nota fiscal, tendo declarado, inclusive, que sabia que a mercadoria seria perdida caso o caminhão fosse parado em blitz policial e, por isso eram acompanhados por "batedor".

Assim, o apelante conscientemente assentiu em transportar carga que sabia estar desacompanhada de documentação. Mesmo que se pudesse acreditar na versão de desconhecimento sobre tratar-se de cigarro ou que desconhecia a origem dos produtos, fica nítido o seu dolo na prática delitiva, na modalidade eventual, ou seja, na assunção plena do resultado.

Como é cediço, existem duas modalidades de dolo, o dolo direto e o dolo eventual. O primeiro caracteriza-se com a real e consciente intenção do indivíduo em praticar a conduta descrita no tipo penal: o indivíduo sabe o que está fazendo e deseja realizar a conduta típica. Já o segundo verifica-se quando o sujeito, muito embora não desejando diretamente praticar a ação típica, assume o risco de praticá-la, incorrendo no tipo.

Logo, sob a égide, no mínimo, do dolo eventual, estão plenamente caracterizados os fatos típicos descritos na denúncia. Os elementos dos autos demonstraram que o réu, no mínimo, assumiu o risco de cometer tal delito, animado pelo dolo eventual.

Da mesma forma, quanto ao réu DOUGLAS, não é crível que tenha se encaminhado até outra cidade, em atendimento ao pedido de um amigo, sem saber detalhes da empreitada, especialmente quando se verifica a existência de rádio transceptor no automóvel que dirigia, a necessidade da companhia de outra pessoa "por pura amizade" (sic) em um deslocamento de mais de 4 horas, inclusive porque, conforme bem observado na sentença: "em Santa Cruz do Rio Pardo/SP ou em qualquer outro Município próximo daquele local, poderiam ser encontrados mecânicos habilitados para o conserto do veículo (...) também não é crivem que tenha feito tal deslocamento utilizando-se de um veículo de terceira pessoa (que não soube declinar o nome completo ou endereço - fl. 27), com chassi adulterado e número de motor incompatível com a rede INFOSEG (fl. 58), portando documentos falsos e placa clonada, como se vê às fls. 92 e 96/103, vindo posteriormente a que se confirmar tratar-se de veículo furtado (fls. 189/193). Além de tudo isso, o veículo foi adredemente preparado para servir na atividade de batedor, pois possuía um rádio transceptor FM oculto debaixo do console central do veículo (fl. 58). Tal rádio é usado, de praxe, pelos batedores para facilitar a comunicação com o veículo protegido. No caso concreto, tanto o carro dirigido por Douglas quanto o caminhão protegido por ele possuíam rádios de comunicação.".

Some-se a isso, ainda, as informações trazidas pelo corréu ADEMAR de que, ao contrário do alegado por Douglas, o caminhão foi consertado por Adriano e que eles aguardavam no local (Posto Cruzadão) pela chegada do "outro batedor" (sic), que substituiria o primeiro, cujo motor do carro fundiu.

Ademar narrou ainda que os condutores do Fiat/Doblô, ao chegarem ao local onde eram aguardados, passaram a discutir entre si e quiseram ir até a cidade onde estava o anterior "batedor" do caminhão (condutor do veículo que os acompanhou no início do percurso de Foz do Iguaçu até Santa Cruz do Rio Pardo).

Assim, resta claro que Douglas também estava envolvido na empreitada delituosa.

Por todo o exposto, deve ser mantida a condenação dos acusados. Cumpre verificar a dosimetria da pena.

Da dosimetria da pena

Da leitura das razões recursais da defesa (fls. 568/570 e 583/585), observa-se que não houve pleito de redução da pena dos corréus, apenas quanto ao corréu Ademar Tente da Rosa foi pleiteada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A sentença guerreada assim dispôs:

> No tocante à substituição das penas, não vejo presentes os requisitos dos incisos I, II e III, do artigo 44 do Código Penal, especialmente pelo fato de que o acusado é reincidente em crime doloso. Tal fato faz com que a substituição da pena não se revele suficiente para a reprimenda.

De fato, entre a data do cumprimento da pena da condenação anterior mencionada (05.09.2006 - fl. 546) e os fatos aqui tratados (03.03.2010), não decorreu período superior a cinco anos.

Logo, configurada a reincidência, incabível a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por penas restritivas de direitos, como pleiteado.

Ante o exposto, *negou provimento aos recursos de apelação*, mantida a r. sentença de primeiro grau.

É O VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0003701-45.2011.4.03.6181
(2011.61.81.003701-3)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: Ap. 71000
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/08/2018

EMENTA

PENAL. PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 241-A E 241-B, AMBOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ABSORÇÃO. PRECEDENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS ATINENTE AO CRIME INSCULPIDO NO ART. 241-B. RÉU CONDENADO EM 1º GRAU DE JURISDIÇÃO PELO ART. 241-A (TENDO HAVIDO A FORMAÇÃO DE COISA JULGADA). DOSIMETRIA.
- As condutas típicas insculpidas nos arts. 241-A e 241-B, ambos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, visam, a despeito de tutelarem nossas crianças e nossos adolescentes, coibir práticas por demais graves ocorrentes na sociedade que não se mostram necessariamente inseridas uma no bojo da outra, podendo, desta feita, ser cometidas em concomitância sem que haja a possibilidade de se reconhecer a ideia de que uma foi crime-meio para a prática criminosa fim.
- O art. 241-A pune, basicamente, a conduta daquele que compartilha (por meio das diversas formas descritas nos núcleos constantes do tipo penal), por qualquer meio, inclusive sistema de informática ou telemático, material pornográfico envolvendo criança ou adolescente ao passo que o art. 241-B almeja punir o armazenamento de material pornográfico no contexto envolvendo criança ou adolescente, não havendo, assim, confusão ou superposição entre as condutas imbricadas penalmente a permitir o reconhecimento da consunção.
- Ademais, o cometimento de uma das figuras típicas não gera necessariamente a perpetração da outra (donde se conclui a necessidade imperiosa do elemento volitivo, ou seja, de desígnios autônomos para a tipificação de cada qual) da mesma forma que, tendo sido levada a efeito aquela cujo apenamento é mais gravoso, não se nota relação de crime-meio X crime-fim a permitir o assentamento apenas da prática criminosa final, o que corrobora a impossibilidade de se reconhecer a absorção.
- Precedentes deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
- Compulsando os elementos fático-probatórios constantes destes autos, verifica-se que o acusado adentrou ao âmbito de incriminação do art. 241-B da Lei nº 8.069/1990, devendo, desta forma, ser condenado às penas do artigo em tela.
- Deve incidir na espécie a figura do concurso material de crimes (previsto no art. 69 do Código Penal) tendo em vista a atuação com designíos autônomos pelo acusado e a diversidade dos materiais compartilhados (que ensejaram sua condenação em 1º grau

de jurisdição pela prática do crime elencado no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente às penas de 03 anos de reclusão e de 10 dias-multa) e dos expedientes armazenados (objeto da presente condenação).
- Dado provimento ao recurso de Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (para condenar o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI pela prática do crime previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente às penas de 01 ano de reclusão e 10 dias-multas - cada qual no valor unitário mínimo vigente ao tempo dos fatos devidamente atualizado - procedendo-se com a unificação da reprimenda anteriormente mencionada com a que já lhe foi imposta em 1º grau de jurisdição pela perpetração do delito constante no art. 241-A do mesmo diploma, aplicando, para tanto, os termos do art. 69 do Código Penal).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *DAR PROVIMENTO ao recurso de Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de julho de 2018.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença de fls. 633/640vº, que julgou procedente o pedido formulado na denúncia contra *Rodrigo Alencar Baldesserotti.*

Consoante denúncia, a partir de investigações realizadas pela Polícia Alemã (Polícia Criminal Estadual de Baden-Württemberg) e Polícia Federal brasileira, apurou-se que *Rodrigo Alencar Baldesserotti* (identificado como *item 153* da Operação Persertteppich - Tapete Persa) nos dias 18.10.2008, às 03:40 horas (GMT+2), 21.10.2008, às 02:20 horas (GMT+2), 25.10.2008 às 05:23 horas (GMT+2), 29.10.2008 às 03:24 horas (GMT+2), 20.10.2008 às 02:53 horas (GMT+2) e 30.10.2008 às 23:19 horas (GMT+2), utilizando os IP's 189.46.113.175, 201.26.64.180, 189.18.94.9, 189.46.197.24, 201.26.64.231 e 201.92.182.7, respectivamente, *disponibilizou* pela *internet* o vídeo com conteúdo pornográfico infantil "1.avi", através do programa eDonkey2000. Além disso, disponibilizou pelo menos 09 (nove) arquivos de vídeos de pornografia infantil, através do programa de compartilhamento Ares, no período entre 30.08.2010 e 28.06.2011, bem como *possuía e armazenava* pelo menos 20 (vinte) de igual conteúdo em seu computador.

O recebimento parcial da denúncia se deu em 17.12.2015. Decorridos mais de seis anos, a partir das datas dos fatos 18, 21, 25, 29 e 30 de outubro de 2008, reconhecida a prescrição punitiva estatal, pelo que recebida parcialmente a denúncia, restrita aos fatos imputados ao denunciado, ocorridos entre 30.08.2010 e 28.06.2011 (fls. 516/518).

Regularmente processado o feito, tornou-se pública a sentença em 28.10.2016 (fl. 641).

O i. Magistrado sentenciante julgou procedente o pedido formulado pela denúncia para condenar *Rodrigo Alencar Baldesserotti* à pena de 3 (três) anos de reclusão a ser cumprida

inicialmente em regime aberto e de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) de salário mínimo cada dia-multa, pela prática do crime previsto no art. 241-A da Lei 8.069/90, substituindo-a por duas restritivas de direito, consistentes em uma pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública a ser definida pelo Juízo de Execução e que terá a mesma duração da pena corporal substituída, nos termos do art. 46 e §§ do Código Penal, e uma pena de prestação pecuniária consistente no pagamento de 1 (um) salário mínimo, em favor da entidade pública ou privada com destinação social, também designada pelo Juízo de Execuções Penais (art. 45, §1º do Código Penal) - fls. 633/640vº.

O Ministério Público Federal interpôs recurso. Irresigna-se quanto ao entendimento do i. Magistrado sentenciante de que o delito previsto no art. 241-B da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), de acordo com o princípio de consunção, estaria absorvido pela tipificação no art. 241-A do mesmo Estatuto. Argumenta que o réu também deve ser responsabilizado criminalmente pela prática descrita no 241-B da referida lei (com redação dada pela Lei 11.829/08), posto que nem todos os arquivos relativos à pornografia infantil foram por ele disponibilizados para compartilhamento na *internet*. Dessa forma, as condutas "possuir" e "armazenar" do art. 241-B da aludida lei foram praticadas de forma autônoma pelo réu, que não necessariamente o fez com o intuito de disponibilizar o conteúdo para terceiros.

O réu renunciou ao direito de recorrer contra a condenação (fl. 654).

Certificou-se o trânsito em julgado da sentença para o réu em 05.02.2017 (fl. 655).

Contrarrazões apresentadas intempestivamente pelo réu (fls. 659/667).

Subiram os autos a esta Corte, manifestando-se a Procuradoria Regional da República pela inaplicabilidade do princípio da consunção ao caso dos autos e provimento da apelação (fls. 669/671vº).

É o relatório.

Sujeito à revisão, nos termos do inc. II do art. 34 do Regimento Interno, com redação dada pela Emenda Regimental nº 15, disponibilizada no DEJF3R de 16.03.2016, p. 08/11.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de feito no qual recorre o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da r. sentença que condenou o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI pela prática do crime previsto no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente às penas de 03 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa (cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos), restando substituída a pena corporal por duas reprimendas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública e prestação pecuniária no importe de 01 salário mínimo em favor da entidade pública ou privada com destinação social). Requer a acusação seja afastada a aplicação do princípio da absorção a fim de que o mencionado acusado também seja condenado pela perpetração da infração insculpida no art. 241-B de mencionado Diploma Normativo, fazendo incidir na espécie, ainda, o concurso material de infrações.

DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 241-A E 241-B, AMBOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ABSORÇÃO

Analisando o tema devolvido ao conhecido deste E. Tribunal Regional pelo manejo do recurso de Apelação aviado pelo *Parquet* federal, *mostra-se necessário o seu provimento para o fim de afastar a aplicação do postulado da absorção (assentado pelo MM. Juízo sentenciante) entre os delitos previstos nos arts. 241-A e 241-B, ambos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.*

Com efeito, as condutas típicas insculpidas nos artigos anteriormente declinados visam, a despeito de tutelarem nossas crianças e nossos adolescentes, coibir práticas por demais graves ocorrentes na sociedade que não se mostram necessariamente inseridas uma no bojo da outra, podendo, desta feita, ser cometidas em concomitância sem que haja a possibilidade de se reconhecer a ideia de que uma foi crime-meio para a prática criminosa fim.

Nesse contexto, o art. 241-A pune, basicamente, a conduta daquele que compartilha (por meio das diversas formas descritas nos núcleos constantes do tipo penal), por qualquer meio, inclusive sistema de informática ou telemático, material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (*Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente*) ao passo que o art. 241-B almeja punir o armazenamento de material pornográfico no contexto envolvendo criança ou adolescente (*Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente*), não havendo, assim, confusão ou superposição entre as condutas imbricadas penalmente a permitir o reconhecimento da consunção.

Ademais, importante ser destacado que o cometimento de uma das figuras típicas não gera necessariamente a perpetração da outra (donde se conclui a necessidade imperiosa do elemento volitivo, ou seja, de desígnios autônomos para a tipificação de cada qual) da mesma forma que, tendo sido levada a efeito aquela cujo apenamento é mais gravoso, não se nota relação de crime-meio X crime-fim a permitir o assentamento apenas da prática criminosa final, o que corrobora a impossibilidade de se reconhecer a absorção.

A propósito, a jurisprudência que se formou acerca do tema neste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região rechaça a incidência do postulado da consunção, conforme é possível ser visto das ementas que seguem:

> PENAL. ARMAZENAMENTO E DIVULGAÇÃO DE MATERIAL CONTENDO CENAS PORNOGRÁFICAS ENVOLVENDO CRIANÇA E ADOLESCENTE. *ARTS. 241-A E 241-B DA LEI N. 8.069/90*. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. *PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES*. REVISÃO DAS PENAS-BASE. DELAÇÃO PREMIADA OU SUBSIDIARIAMENTE ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA EM FACE DA REITERAÇÃO DA CONDUTA DELITUOSA DE DIVULGAÇÃO DE ARQUIVOS DE PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL. MANTIDO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. RECURSO DO MPF DESPROVIDO. APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA.
> (...)
> 2. *Os delitos dos arts. 241-A e 241-B da Lei n. 8.069/90 são independentes, não se verificando subordinação a determinar a incidência do princípio da consunção. Por uma questão lógica, como o réu incorreu, efetivamente, nas duas figuras delitivas, já que praticou duas condutas diversas (armazenar e compartilhar), também não há que se falar em aplicação do concurso formal de crimes neste caso concreto.*
> (...)

(TRF3, QUINTA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 73393 - 0005050-71.2013.4.03.6130, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 19/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/06/2018) - destaque nosso.

DIREITO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. *PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL. LEI 8.069/90. ARTIGOS 241-A E 241-B*. PROGRAMAS DE MENSAGENS. WHATSAPP. TELEGRAM. USO. USUÁRIOS ESTRANGEIROS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. CR, ARTIGO 109, V. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTROVERSAS. *ABSORÇÃO DE CRIME. INOCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO.* CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. ALTERAÇÕES. PENA. MAJORAÇÃO. RECURSO ACUSATÓRIO PROVIDO PARCIALMENTE. RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO.
(...)
4. *Tese de absorção da conduta de armazenar arquivos de conteúdo pornográfico infanto-juvenil por aquela consistente em disponibilizá-los. Rejeição em concreto. Condutas autônomas, adotadas com desígnios diversos, não se vislumbrando relação tão-só de natureza "meio-fim" entre o armazenamento e a disponibilização. O réu tinha intuito específico de armazenar os arquivos, e não apenas o de disponibilizá-los (para isso necessitando de prévio armazenamento). Ademais, uma das condutas não esgotou seu potencial lesivo aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento na própria execução da outra. Condenação em concurso material mantida.*
(...)
(TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 75016 - 0003709-70.2017.4.03.6000, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 08/05/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/05/2018) - destaque nosso.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL VIA INTERNET. ARTIGOS 241-A E 241-B DA LEI 8.069/1990*. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DOLO EVIDENCIADO. DOSIMETRIA. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA EM PARTE. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PROVIDA EM PARTE.
(...)
3. Na hipótese dos autos, com base na prova pericial obtida, *não se mostra aplicável a absorção do delito de armazenamento (art. 241-B) pelo de disponibilização (art. 241-A).* Restou suficientemente evidenciado o armazenamento no notebook do acusado de considerável quantidade de arquivos com conteúdo relacionado à pedofilia, tendo sido o armazenamento realizado em momento diverso do que foi feita a disponibilização desses arquivos na rede de compartilhamento. Desse modo, *por se tratarem de atos delitivos praticados em momentos distintos, torna-se aplicável o concurso material entre os crimes do artigo 241-A (disponibilizar) e 241-B (armazenar), ambos da Lei nº 8.069/90.*
(...)
(TRF3, PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 49814 - 0001953-16.2010.4.03.6115, Rel. Des. Fed. WILSON ZAUHY, julgado em 28/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/12/2017) - destaque nosso.

Desta forma, *deve ser afastada a absorção assentada no r. provimento judicial recorrido* pelos argumentos anteriormente declinados e, como consequência, imperiosa a análise do caso concreto acerca da comprovação de aspectos relativos à materialidade e à autoria delitivas atinente ao crime previsto no art. 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por parte do acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI.

DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVAS

Conforme dito anteriormente, o art. 241-B da Lei nº 8.069/1990 almeja punir o armaze-

namento de material pornográfico no contexto envolvendo criança ou adolescente (*Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente*) e, nesse diapasão, compulsando os elementos fático-probatórios constantes destes autos, *verifica-se que o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI adentrou ao âmbito de incriminação de tal preceito legal*, devendo, desta forma, ser condenado às penas do artigo em tela.

Materialidade delitiva

Com efeito, no que concerne à *materialidade delitiva*, colhe-se do Laudo Pericial Criminal Federal nº 4832/2011 (colacionado às fls. 371/375) a realização de análise técnica em um disco rígido apreendido na casa do acusado quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão deferido judicialmente (marca ExcelStor, modelo J9250S, número de série T2A5HDC, capacidade nominal de 250 GB), oportunidade em que o expert, ao responder o quesito "b", assentou que *(...) foram recuperados 03 (três) arquivos com imagens nas quais aparecem órgãos genitais e partes íntimas de indivíduos com idades compatíveis às de crianças e adolescentes, disponibilizados a partir da categoria "Imagens" da mídia óptica em anexo. Cabe ressaltar que estes arquivos foram recuperados a partir de áreas não utilizadas pelos arquivos diretamente acessíveis da mídia, normalmente ocupadas por arquivos apagados (...)* - fl. 373.

Por sua vez, afere-se do Laudo Pericial Criminal Federal nº 4833/2011 (colacionado às fls. 376/381), que teve como objeto de análise um disco rígido (marca Western Digital, modelo WD1600BEVT-60A23T0, número de série WX61A20T9105, capacidade nominal de 160 GB) e um cartão de memória micro SD (marca SanDisk, capacidade nominal de 01 GB), ambos arrecadados quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão deferido judicialmente na casa em que morava o acusado, a recuperação de *(...) 03 (três) arquivos de imagem contendo cena de sexo explícito ou pornográfica de indivíduos com idades compatíveis às de crianças ou adolescentes, disponibilizados a partir da categoria "Imagens recuperadas" da mídia óptica em anexo (...)* - fl. 378. Ressaltou o expert que *(...) estes arquivos foram recuperados a partir de áreas não utilizadas pelos arquivos diretamente acessíveis da mídia, normalmente ocupadas por arquivos apagados (...)* - fl. 378.

Sem prejuízo do exposto, ainda segundo o Laudo Pericial nº 4833/2011, *(...) foram encontrados 02 (dois) arquivos de vídeo contendo cena de sexo explícito ou pornográfica de indivíduos com idades compatíveis às de crianças ou adolescentes, disponibilizados a partir da categoria "Vídeos" da mídia óptica em anexo. Cabe ressaltar que o primeiro arquivo, de nome "(c-15)pthc - anal penetration 12yr girl-xvid.mp4", foi localizado a partir da pasta "Users\HP\Documents\Any DVD Converter Professional\IPOD\" e possui em seu nome termos comumente relacionados a pornografia infantil, enquanto o segundo arquivo foi localizado em pasta de arquivos temporários da internet (...)* - fl. 378.

Por fim, elaborou-se, por força de diligência requerida pelo *Parquet* federal (fls. 412/416), Laudo Pericial Criminal Complementar (de nº 1338/2015), juntado às fls. 472/490 e 501, no qual foram analisados novamente os dois discos rígidos e o cartão de memória apreendidos (anteriormente identificados), oportunidade em que foram assentadas as seguintes conclusões (relevantes para fins de tipificação do crime do art. 241-B da Lei nº 8.069/1990, cabendo destacar que aspectos ínsitos ao delito do art. 241-A de tal legislação, pelo qual o acusado foi condenado em 1º grau de jurisdição tendo havido a formação de coisa julgada em seu desfavor - fl. 655 - não foram devolvidos ao conhecimento deste E. Tribunal Regional Federal):

> (...) Conforme detalhado na seção III.2.1, foram recuperados nove vídeos contento cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo indivíduo que aparenta ser criança ou adolescente, cujo hashes SHA1 foram identificados nos registros ativos ou recuperados de transferência do programa Ares (...) [material que permitiu a condenação do acusado pela prática do crime do art. 241-A do Estado da Criança e do Adolescente, que se encontra trânsita em julgado] *Além disso, foram identificados hashes SHA1 de noventa e oito arquivos de vídeo contendo cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo indivíduo que aparenta ser criança ou adolescente*, cuja data provável de obtenção, de acordo com os registros ativos e os recuperados, compreende-se entre 01/07/2009 e 08/03/2011, para o Material 3636/2011 [disco rígido com capacidade de 250 GB], e entre 16/05/2011 e 29/06/2011, para o Material 3637/2011 [disco rígido com capacidade de 160 GB e cartão de memória micros] (...) - fls. 483/484 - destaque nosso.

Assim, dentro do contexto ora exposto, nota-se, *a par do material que permitiu a tipificação de conduta levada a efeito pelo acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI na infração penal contida no art. 241-A da Lei nº 8.069/1990* (inclusive com trânsito em julgado - fl. 655), *a constatação da presença de 98 arquivos de vídeo contendo material pornográfico infanto-juvenil* que, a despeito de potencialmente não mais se encontrarem ativos para serem acessados pelo sistema operacional implantado nos suportes magnéticos em que gravados, foram armazenados (ilegal e indevidamente) nos *hardwares* apreendidos quando do cumprimento de diligência afeta ao mandado de busca e apreensão exarado judicialmente em desfavor da residência do acusado (tanto que, por meio de processo de extração forense, o *expert* conseguiu encontrá-los, o que reforça que em tempo pretérito - nas datas declinadas no laudo outrora mencionado - os arquivos efetivamente foram armazenados nos materiais periciados).

Importante ser ressaltado que o conteúdo dos laudos anteriormente discriminados restou sufragado pelo depoimento do perito da Polícia Federal que os elaborou, Sr. Daniel de Araújo Lima (termo de testemunha colacionado à fl. 600 c.c. mídia digital colacionada à fl. 603 - a partir de 01min20seg do arquivo digital). Sem prejuízo do mencionado, referida pessoa asseverou que os arquivos contendo material pornográfico infanto-juvenil foram armazenados em alguma oportunidade (vale dizer, em algum momento do passado) na justa medida em que o conteúdo deles estava presente nos materiais examinados, a despeito de não mais serem acessíveis por meio do Windows ao usuário (a partir de 16min40seg do arquivo digital juntado à fl. 603).

Desta feita, *comprovado o armazenamento de material afeto à pornografia infanto-juvenil a permitir o reconhecimento da materialidade delitiva ínsita à infração penal insculpida no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

Autoria delitiva

Indo adiante, no que tange à *autoria delitiva*, verifica-se que o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI, tanto em seu interrogatório policial (fl. 365) quanto em seu interrogatório judicial (fls. 601/602 e mídia digital colacionada à fl. 603), declinou fazer uso dos computadores que guarneciam a residência em que cumprido o mandado de busca e apreensão, destacando que sempre buscou muita pornografia adulta em tais periféricos (tema que será enfrentado oportunamente).

Desta feita, *resta evidenciada a autoria delitiva a recair sobre a pessoa do acusado em tela*, aspecto que pode, até mesmo, ser corroborado pelo que restou consignado pelo magistrado sentenciante quando da condenação imposta pelo cometimento do delito constante do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente não objeto de recurso por parte do acusado

RODRIGO (consigne-se, por oportuno, que tanto a pornografia infanto-juvenil compartilhada que ensejou a condenação como a ora em comento - armazenada - foram encontradas nos mesmos *hardwares* e o acusado não se insurgiu em relação ao édito penal colacionado às fls. 633/640):

> (...) No que concerne à *autoria*, a linha telefônica identificada como ponto de partida pertencia à mãe do acusado e os microcomputadores apreendidos encontravam-se na residência do acusado, sendo que este era quem os utilizava. Conforme aduziu o próprio acusado em seu interrogatório, ele fazia uso dos microcomputadores e utilizava o programa de compartilhamento Ares para baixar arquivos de música e de pornografia adulta. Portanto, o réu admitiu a utilização do programa de compartilhamento Ares; no entanto, asseverou que o seu objetivo era baixar pornografia adulta (...) - excerto extraído da r. sentença - fls. 637v/638 - destaque no original.

Elemento subjetivo - atuação dolosa

Conforme salientado anteriormente, o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI apresentou versão (tanto em sede inquisitorial - fl. 365 - quanto em sede judicial - fls. 601/602 c.c. mídia digital acostada à fl. 603) para os fatos constantes dessa relação processual penal aduzindo ser contumaz apreciador de pornografia adulta tendo em vista sua idade (nascimento: 07 de setembro de 1989 - fl. 567), hormônios a flor da pele e descoberta da sexualidade (fl. 537). Desta feita, sustentou baixar muitos (inúmeros) vídeos de sexo, sem se atentar em perquirir seu conteúdo, e, posteriormente, ao visualizá-los, deparando-se com cenas envolvendo menores, os apagava (a partir de 01min30seg da mídia digital constante à fl. 603). Reforçou tal versão destacando que o programa Ares, utilizado na obtenção de tal material, apresentava vários critérios de busca, de modo que baixava todos os arquivos listados sem se atentar ao contexto em que as cenas sexuais eram veiculadas, procedendo, após checagem, com exclusão daqueles que não satisfazia seus desejos lascivos.

Assim, depreende-se dos autos a intenção do acusado em tentar demonstrar que atuava sem qualquer vontade livre e consciente em obter material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, o que, entretanto, chegava a ter contato em decorrência da contumaz vontade de consumir material pornográfico adulto. Todavia, *tal versão mostra-se inverossímil à luz do conjunto probatório amealhado nos autos*.

Com efeito, constata-se do Laudo Pericial Criminal Complementar (de nº 1338/2015), juntado às fls. 472/490 e 501, que o *expert* perquiriu no material apreendido quais os termos de busca lançados pelo acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI a fim de obter a então declinada "pornografia" (que, nos dizeres defensivos, seria apenas adulta). E, nesse proceder, ao invés de se deparar com expressões afetas a pornografia adulta, verificou-se o emprego de jargão próprio do mundo da pornografia infanto-juvenil - a propósito:

> (...) A partir do programa Ares (versão 2.1.7.3041) instalado no Material 3637/2011 [software utilizado pelo acusado para obter a suposta pornografia adulta], foi consultada a lista de termos utilizados para buscas de arquivos, tendo sido identificadas as seguintes ocorrências *tipicamente associadas a conteúdo de pornografia infanto-juvenil*: "pthc", "pthc new", "pthc 2011", "hussyfan 2011", "hussyfan", "pthc cum", "pthc sound", "pthc audio", "pthc som", "pedo audio", "pthc 11", "pthc forced", "pedo rape", "pthc complete", "hussyfan audio", "hussyfan complete", "pthc hard", "pedo", "pthc family", "pthc now", "pthc 12" e "new pthc" (...) - fl. 476 - destaque nosso.

Sem prejuízo da constatação declinada acima, importante ressaltar, outrossim, que não foi destacada a presença nos materiais apreendidos e periciados de pornografia adulta (tal qual quer fazer crer o acusado em sua defesa), sendo de rigor mencionar que o *expert*, ao ser ouvido como testemunha (fl. 600 e mídia digital colacionada à fl. 603), foi assertivo em sustentar que teria indicado em seu laudo, acaso presente, o encontro de material pornográfico adulto (ao lado do envolto em pornografia infanto-juvenil), inclusive fazendo um cálculo proporcional de cada qual (a partir de 12min do arquivo digital, complementado por gravação a partir de 18min do mesmo arquivo digital).

Assim, como não se vislumbra qualquer menção nos três laudos periciais contidos nos cadernos processuais de material relativo à pornografia adulta (fls. 371/375, 376/381, 472/490 e 501), bem como ante o declinado pelo perito quando ouvido em sede de audiência de instrução e julgamento, *nota-se, extreme de dúvidas, que o objeto pesquisado pelo acusado era material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, donde se extrai o necessário dolo à tipificação de sua conduta no âmbito do art. 241-B da Lei nº 8.069/1990.*

Conclusão

Ante os argumentos anteriormente tecidos, *nota-se dos autos que o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI armazenou, de forma livre e consciente, cenas de sexo explícito ou pornográfica envolvendo crianças e adolescentes, motivo pelo qual incorreu na figura típica prevista no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente* (incluída pela Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008) segundo a qual configura crime adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, *devendo, assim, ser condenado.*

DA DOSIMETRIA DA PENA

Deve o magistrado, ao calcular a reprimenda a ser imposta ao réu, respeitar os ditames insculpidos no art. 68 do Código Penal, partindo da pena-base a ser aferida com supedâneo no art. 59 do mesmo Diploma, para, em seguida, incidir na espécie as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e de aumento de pena.

1ª etapa da dosimetria

As circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal não desabonam o acusado, motivo pelo qual *a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, qual seja, 01 ano de reclusão.* Isso porque, a despeito do número de arquivos armazenados não ser frívolo (98 ao total), sua culpabilidade não extrapola a normalidade do cometimento do crime; não consta dos autos prova de maus antecedentes nem que desabonem sua conduta social ou sua personalidade; motivos, circunstâncias e consequências do crime normais à espécie.

2ª etapa da dosimetria

Nada a deliberar à míngua de agravantes e de atenuantes.

3ª etapa da dosimetria

Nada a deliberar à míngua de causas de aumento ou de diminuição da pena.

Pena definitiva

Resta imposta ao acusado a pena definitiva, pela prática do crime previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, de *01 ano de reclusão.* Pena de multa fixada em *10 dias-multa* (cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos devidamente atualizado).

Unificação das reprimendas - aplicação do critério do cúmulo material (art. 69 do Código Penal)

Lançando mão da figura do concurso material de crimes (previsto no art. 69 do Código Penal), bem como tendo em vista a atuação com designíos autônomos pelo acusado e a diversidade dos materiais compartilhados (que ensejaram condenação em 1º grau de jurisdição pela prática do crime elencado no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente às penas de 03 anos de reclusão e de 10 dias-multa) e dos expedientes armazenados (objeto da presente condenação), chega-se à *pena unificada* na casa de *04 anos de reclusão e 20 dias-multa* (cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos devidamente atualizado).

Regime inicial de cumprimento e substituição por reprimendas restritivas de direito

A teor do disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da reprimenda ora fixada deverá ser o *ABERTO*. Ademais, ante o preenchimento dos requisitos constantes do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por 02 reprimendas restritivas de direito, quais sejam, prestação de serviços à comunidade (pelo mesmo lapso de pena corporal e nos termos do disposto no art. 46 do Código Penal) e prestação pecuniária (fixada em 05 salários mínimos a ser destinada a entidade social, atendendo o art. 45, § 1º, do Código Penal, uma vez que a União é sempre vítima estanque de todo e qualquer delito e o encaminhamento sistemático a ela faria com que as demais hipóteses do artigo mencionado jamais tivessem aplicação - a destinação da prestação pecuniária ora determinada alcança fins sociais precípuos que o Direito Penal visa atingir, de maneira eficaz e objetiva).

DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Acerca da possibilidade de execução provisória da pena, deve prevalecer o entendimento adotado pelo C. Supremo Tribunal Federal que, ao reinterpretar o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal) e o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, pronunciou-se no sentido de que não há óbice ao início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, desde que esgotados os recursos cabíveis perante as instâncias ordinárias.

Assim, exauridos os recursos cabíveis perante esta Corte, mesmo que ainda pendente o julgamento de recursos interpostos perante as Cortes Superiores (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), deve ser expedida *Carta de Sentença*, bem como *comunicação ao juízo de origem*, a fim de que se inicie, provisoriamente, a execução da pena imposta por meio de acórdão condenatório exarado em sede de Apelação. Em havendo o trânsito em julgado, hipótese em que a execução será definitiva, ou no caso de já ter sido expedida guia provisória de execução, tornam-se desnecessárias tais providências.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *DAR PROVIMENTO ao recurso de Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* (para condenar o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI pela prática do crime previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente às penas de 01 ano de reclusão e 10 dias-multas - cada qual no valor unitário mínimo vigente ao tempo dos fatos devidamente atualizado - procedendo-se com a unificação da reprimenda anteriormente mencionada com a que já lhe foi imposta em 1º grau de jurisdição pela perpetração do delito constante no art. 241-A do mesmo diploma, aplicando, para tanto, os termos do art. 69 do Código Penal), nos termos anteriormente expendidos.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0007389-97.2016.4.03.6000
(2016.60.00.007389-7)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E JOÃO CESAR ROCHA DE OLIVEIRA
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: Ap. 75450
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2018

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 304 C/C 297, CP. ALTERAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO VERDADEIRO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 545 DO STJ. REGIME PRISIONAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ALTERAÇÃO, DE OFÍCIO. APELOS IMPROVIDOS.
O Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS condenou o réu como incurso nas sanções do art. 304 c/c 297 do CP, pois, em 02/08/2015, dolosamente, fez uso de Carteira Nacional de Habilitação falsa perante policiais rodoviários federais na Rodovia BR 262, altura do km 352.
Conforme o laudo pericial, a carteira nacional de habilitação, espelho nº 688269441, registro nº 00545916742 foi adulterada, mediante a substituição da impressão original dos dados identificadores pelos aparentes.
Houve a falsificação material de documento público verdadeiro, mediante alteração, nos termos do art. 297 do CP, tendo havido a retirada da impressão primitiva de suporte autêntico, com a posterior inserção de informações falsas.
Materialidade, autoria e dolo comprovados.
Dosimetria. A culpabilidade é normal à espécie delitiva, pois a alteração de documento público verdadeiro constitui elementar do próprio tipo, não podendo ser levada em consideração para exasperação da pena-base. Ademais, a prévia aquisição do documento falso é o meio necessário para a prática do delito e a suposta participação de funcionário pertencente aos quadros do DETRAN sequer restou comprovada nos autos.
A confissão do acusado na fase de inquérito foi utilizada na motivação exposta pelo Juízo sentenciante, o que acarreta a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do CO, nos moldes da Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça.
A confissão após a prisão em flagrante não afasta o reconhecimento da circunstância atenuante, direito subjetivo do réu que admite os fatos espontaneamente, inclusive porque utilizada para a formação do convencimento do julgador.
O *quantum* da pena definitivamente imposta (2 anos de reclusão) e a não configuração da reincidência impõem a fixação do regime inicial aberto, nos termos do art. 33, §2º, c, do CP, que, aliás, foi citado pelo magistrado na sentença.
Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e, de ofício, destinada a prestação pecuniária à União Federal.
Determinada a execução provisória da pena.
Apelos improvidos. De ofício, fixado o regime inicial aberto e destinada a prestação pecuniária à União Federal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos recursos do Ministério Público Federal e da defesa de João Cesar Rocha de Oliveira e, de ofício, fixar o regime inicial aberto, nos termos do voto do Des. Fed. Relator; prosseguindo, a Turma, por maioria, decidiu, também de ofício, destinar a prestação pecuniária em favor da União Federal, nos termos do voto do Des. Fed. Relator, com quem votou o Des. Fed. Nino Toldo, vencido o Des. Fed. Fausto De Sanctis, que mantinha a destinação da prestação pecuniária tal como estabelecida na sentença.

São Paulo, 03 de julho de 2018.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e por JOÃO CESAR ROCHA DE OLIVEIRA em face da sentença de fls. 166/169v, que o condenou pela prática do crime previsto no art. 304 c/c art. 297, ambos do CP.

Narra a denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual (fls. 02/04):

> Consta dos autos que, na data de 02 de agosto de 2015, por volta das 20h10min, na rodovia BR 262, km 352, zona rural de Campo Grande/MS, o denunciado JOÃO CESAR ROCHA DE OLIVEIRA fez uso de documento público falso, consistente em uma Carteira Nacional de Habilitação em seu nome.
> Conforme se apurou nos autos, o denunciado conduzia o veículo Ford/Scort, placas AEB-6445, pelo local supracitado, quando foi parado por policiais rodoviários federais que realizavam fiscalização de rotina no momento. Assim, os PRFs Alessio Ferreira Severino e Walter Nascimento Vieira solicitaram ao condutor sua CNH e os documentos do veículo, momento em que João Cesar apresentou o documento falso (CNH).
> A falsidade foi constatada pelos policiais em razão de não obterem resultado quando da consulta ao número da Carteira Nacional de Habilitação em nome do denunciado no sistema SERPRO/INFOSEG, sendo que ao tentarem consultar pelo CPF de João Cesar, restou apurado que não existe registro de CNH em nome deste.
> Interrogado à fl. 06, o denunciado confessou a prática do crime, informando ainda que "comprou" a CNH em uma autoescola da cidade de Sidrolândia/MS, pelo valor de R$1.500,00 (um mil e quinhentos reais).
> [...] Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia João Cesar Rocha de Oliveira como incurso nas penas do art. 304, *caput*, remetido às penas do art. 297 do Código Penal.

A denúncia foi recebida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Campo Grande, em 13/08/2015 (fls. 44/45).

Declínio de competência, às fls. 133/134.

O Ministério Público Federal ratificou a denúncia ofertada pelo *Parquet* Estadual, complementada pelo laudo de fls. 76/80 (fl. 138v).

Em 10/10/2016, o Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS ratificou os atos processuais, inclusive o recebimento da denúncia, à exceção do interrogatório do acusado (fls. 139/139v).

Regularmente processado o feito, sobreveio a sentença de fls. 166/169v, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou JOÃO CESAR ROCHA DE OLIVEIRA pela prática do crime previsto no art. 304 c/c art. 297 do CP, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 10 dias multa, no valor unitário mínimo legal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo, em favor de entidade pública ou privada com destinação social.

O réu foi condenado ao pagamento das custas processuais, nos termos do art. 98 do Novo Código de Processo Civil.

A sentença foi publicada em 31/10/2017 (fl. 170).

O Ministério Público Federal interpôs apelação, objetivando o aumento da pena-base em razão da culpabilidade, uma vez que o réu obteve a CNH falsa com o auxílio de pessoa ligada ao Departamento de Trânsito, além do que, o suporte do documento era autêntico. Pretende, ainda, o afastamento da circunstância atenuante, pois o acusado foi preso em flagrante e a confissão em nada contribuiu para o deslinde dos fatos (fls. 171 e 174/175v).

Contrarrazões apresentadas pela defesa, às fls. 176/179, manifestando-se pelo desprovimento do recurso.

A defesa interpôs apelação à fl. 172. Em razões recursais, pleiteia a desclassificação para o delito do art. 304 c/c 299 do CP. Alega que foram inseridas informações falsas em documento materialmente verdadeiro (fls. 176/179).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões, às fls. 180/182, pelo não provimento do recurso da defesa.

Em parecer, a Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento das apelações (fls. 184/188).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos recursos e passo ao exame de mérito.

Dos fatos

O Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS condenou JOÃO CESAR ROCHA DE OLIVEIRA como incurso nas sanções do art. 304 c/c 297 do CP, pois, em 02/08/2015, dolosamente, fez uso de Carteira Nacional de Habilitação falsa perante policiais rodoviários federais na Rodovia BR 262, altura do km 352.

Da materialidade

A materialidade da infração penal descrita no artigo 304 c/c artigo 297 do Código Penal está comprovada através do auto de prisão em flagrante (fls. 06/06v), prova testemunhal produzida na fase investigativa e em juízo (fls. 07, 09, 10, 122, 133/134), auto de exibição e apreensão (fl. 24), laudo pericial nº 118.806 (fls. 76/80) e carteira nacional de habilitação nº

de registro 00545916742, data de validade 29/01/2019, categoria AE (fl. 145).

De acordo com o laudo pericial, a carteira nacional de habilitação em nome de João Cesar Rocha de Oliveira, espelho nº 688269441, registro nº 00545916742 foi adulterada, mediante a substituição da impressão original dos dados identificadores pelos aparentes. Segundo os peritos, foram constatados 1) presença de película adesiva transparente, com característica divergente do padrão; 2) impressão divergente dos padrões no campo destinado à fotografia e ao preenchimento de dados; 3) retirada de parte do fundo numismático e das microletras e remanescente da impressão primitiva.

Em seu apelo, a defesa pretende a desclassificação para o delito previsto no art. 304 c/c 299 do CP, alegando que houve inserção de informações falsas em documento verdadeiro.

O pleito não comporta acolhimento.

No caso concreto, houve a falsificação material de documento público verdadeiro, mediante alteração, nos termos do art. 297 do CP, tendo havido a retirada da impressão primitiva de suporte autêntico, com a posterior inserção de informações falsas.

Estando demonstrada a materialidade delitiva, passo ao exame da autoria e do dolo.

Da autoria e do dolo

O apelante foi preso em flagrante por fazer uso de CNH falsificada em fiscalização realizada por policiais rodoviários federais.

De acordo com as declarações prestadas na fase inquisitorial pelas testemunhas Alessio Ferreira Severino e Walter Nascimento Vieira (policiais rodoviários federais), durante fiscalização na rodovia BR 262, solicitaram os documentos do acusado, que lhes apresentou uma CNH e o CRLV do automóvel. Em consulta ao sistema, constataram que não havia registro da CNH (fls. 06 e 09).

Em juízo, Alessio inicialmente disse não se recordar dos fatos, mas em seguida confirmou que a CNH apresentada pelo réu não estava registrada no sistema Serpro/Infoseg. Walter, por sua vez, confirmou as declarações prestadas na fase extrajudicial (fl. 134 e mídia digital à contracapa).

Na fase investigativa, o acusado confessou a prática delitiva e acrescentou que obteve o documento falso pela quantia de R$1.500,00, através de um indivíduo chamado Fabio, do DETRAN de Campo Grande (fl. 10). Já em seu interrogatório judicial, o denunciado afirmou que sua CNH foi adquirida através de uma autoescola em Sidrolândia, por R$2.500,00. Afirmou que não fez aulas, mas acreditava na autenticidade do documento (fl. 122).

Embora tenha mudado parcialmente sua versão ao ser interrogado em Juízo, as provas demonstram que João César conhecia da falsidade documental e tinha plena consciência disso ao apresentar o documento. O modo como o réu obteve a CNH evidencia o seu conhecimento quanto à inautenticidade.

Estando demonstrados o dolo, a autoria e a materialidade delitiva, mantenho a condenação de João Cesar Rocha de Oliveira pelo cometimento do delito previsto no artigo 304 c/c artigo 297 do Código Penal.

Da dosimetria

Assim foi realizada a dosimetria pelo magistrado sentenciante (fls. 168/169v):

> na primeira fase de aplicação da pena, da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, *caput*, do CP, infere-se que: a) a culpabilidade insere-se em grau normal à espécie; b) o acusado não registra maus antecedentes; c) nada a ponderar em relação às consequências do

crime; d) *em relação às circunstâncias, valoro negativamente, especialmente em razão do porte da carteira nacional de habilitação falsa na categoria AE, que permitiria ao acusado a condução de veículos de grande porte, causando maior risco à segurança pública*; e) o comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito; f) quanto aos motivos, entendo que tal circunstância repercute de forma neutra, já que não escapa do que corriqueiramente motiva os delitos desse tipo; g) não há elementos nos autos para aferir a personalidade do agente, que fica desconsiderada; h) não há falar em comportamento da vítima.
PENA-BASE
Em obediência aos critérios fixados no art. 59 do CP, considerando a existência de uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base no patamar de *2 anos e 4 meses de reclusão e 14 dias multa*.
CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES
Ausentes agravantes. Afasto a incidência *da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), pois que utilizada na fundamentação (Súmula 545 do STJ). Entretanto, como a pena não pode ser fixada abaixo do mínimo legal nesta fase da dosimetria (Súmula 231 do STJ), fixo-a em 2 anos de reclusão e 10 dias multa*.
CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO
Inexistem causas de aumento ou diminuição, motivo pelo qual fixo a pena definitiva em *2 anos de reclusão e 10 dias multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato*, a serem atualizados na execução penal, considerando que o acusado declarou trabalhar como mecânico - grifei.

1ª fase

O Ministério Público Federal pleiteia a exasperação da pena-base em razão da culpabilidade. Segundo o Parquet, o denunciado obteve a CNH falsa com o auxílio de pessoa ligada ao Departamento de Trânsito e de um indivíduo chamado Marcelo, sendo que, "embora o réu responda pelo uso de documento falso, não se pode ignorar a precedente conduta confessa do acusado em adquirir tal documento". Além disso, assevera que o suporte do documento era autêntico, o que revelaria a culpabilidade acentuada.

A culpabilidade é normal à espécie delitiva, pois a alteração de documento público verdadeiro constitui elementar do próprio tipo, não podendo ser levada em consideração para exasperação da pena-base. Ademais, a prévia aquisição do documento falso é o meio necessário para a prática do delito, razão pela qual não conduz ao aumento da pena, por não extrapolar o ordinário em crimes dessa espécie. Outrossim, a participação de funcionário pertencente aos quadros do DETRAN sequer restou comprovada nos autos.

Dessa forma, mantenho a pena-base nos termos em que fixada na sentença, uma vez que devidamente fundamentada a exasperação.

2ª fase

O órgão acusatório pretende o afastamento da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP, pois o réu foi preso em flagrante e a confissão em nada contribuiu para o deslinde dos fatos. Além do que, sustenta que, em juízo, o acusado negou a prática delitiva.

A confissão do acusado na fase de inquérito foi utilizada na motivação exposta pelo Juízo sentenciante, o que acarreta a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do CO, nos moldes da Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça, que prescreve: "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal".

Ademais, o fato de o agente confessar após a prisão em flagrante não afasta o reconhecimento da circunstância atenuante, direito subjetivo do réu que admite os fatos espon-

taneamente, inclusive porque utilizada para a formação do convencimento do julgador (HC 201101961468, VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 22/02/2012).

Mantenho, portanto, a pena intermediária em 2 anos de reclusão e 10 dias multa.

3ª fase

Não há causas de diminuição e de aumento, de modo que a pena resta definitivamente fixada em 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 dias multa, no valor mínimo legal.

Do regime inicial

O Juízo *a quo* fixou o regime inicial semiaberto. Confira-se:

> A Lei nº 12.736/2012, em seu art. 1º, previu que a detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória [...]. Demais disso, incluiu o §2º ao art. 387 do CPP, determinando que o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.
> Em observância a estas disposições, levo em consideração o fato de o acusado ter permanecido preso de 2.8.2015 a 11.9.2015 (f.6, 67 e 72), em razão da prática deste delito, para considerar como tempo de prisão provisória 1 mês e 10 dias de reclusão, para fins de detração.
> *Fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, §2º, c, do CP).*

Nesse ponto, a sentença merece ser corrigida, de ofício.

O *quantum* da pena definitivamente imposta (2 anos de reclusão) e a não configuração da reincidência impõem a fixação do regime inicial aberto, nos termos do *art. 33, §2º, c, do CP*, que, aliás, foi citado pelo magistrado na sentença.

Note-se que o Juízo de origem sequer mencionou a existência de uma circunstância judicial desfavorável para fixar o regime prisional intermediário, o que também não pode ser levado em consideração por esta Corte, diante da proibição da *reformatio in pejus*.

Na verdade, o que se observa é a completa falta de fundamentação para fixação do regime semiaberto.

Assim, de ofício, fixo o regime inicial aberto, nos moldes do art. 33, §2º, "c" e §3º do CP.

Da substituição da pena privativa de liberdade

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor equivalente a 01 salário mínimo, em favor de entidade pública ou privada com destinação social, que, *de ofício, destino à União Federal*.

Da execução provisória da pena

Em sessão de julgamento de 05 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início do cumprimento da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias, e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Desse modo, curvo-me ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reinterpretou o princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292-SP, reconhecendo que "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da

presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal."

Diante desse cenário, independentemente da pena cominada, deve ser determinada a execução provisória da pena decorrente de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação.

Destarte, exauridos os recursos nesta Corte e interpostos recursos dirigidos às Cortes Superiores (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), expeça-se Carta de Sentença, bem como comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta ao réu, sendo dispensadas tais providências em caso de trânsito em julgado, hipótese em que terá início a execução definitiva da pena.

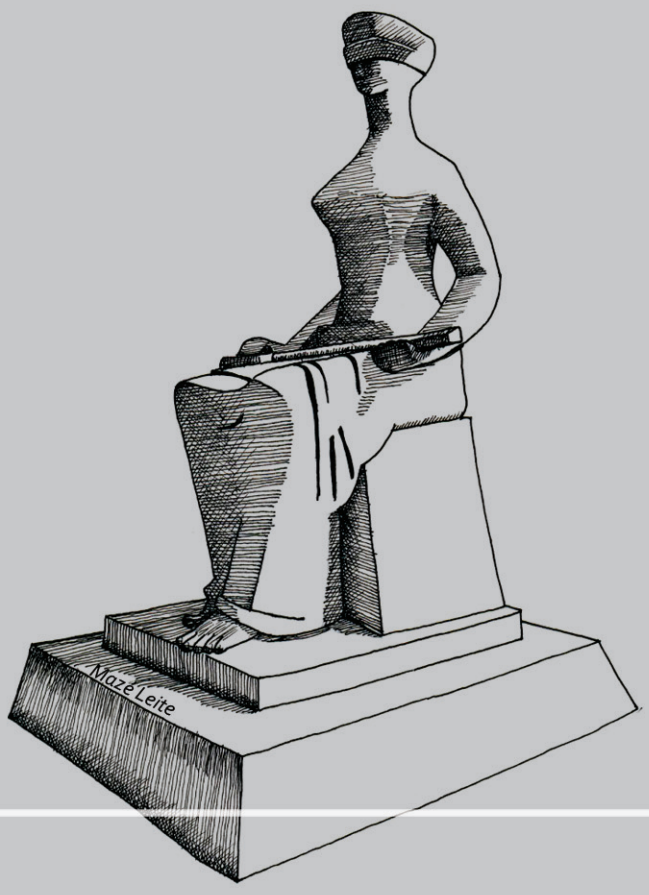
Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento aos recursos do Ministério Público Federal e da defesa de João Cesar Rocha de Oliveira e, de ofício, fixo o regime inicial aberto e destino a prestação pecuniária em favor da União Federal.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Direito Previdenciário



EMBARGOS INFRINGENTES
0005859-70.2003.4.03.0000
(2003.03.00.005859-1)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: JOSÉ CÂNDIDO DA SILVA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: EI 2783
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. SERVIDOR PÚBLICO. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. PERTÍODO ANTERIOR À LEI Nº 8.213/91. CONTAGEM RECÍPROCA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO. RECOLHIMENTOS DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O sistema recursal do CPC/2015 somente se aplica em face das decisões/acórdãos publicados sob sua égide, permanecendo as anteriores sujeitas às normas do CPC/1973. A propósito, o Novo CPC dispõe (art. 14) que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

2. O âmbito de cognição dos embargos de infringentes é a divergência estabelecida pelo voto vencido, devendo as razões dos embargos limitar-se à divergência, visando a prevalência desta. A divergência no julgado se deu quanto a necessidade de indenização das contribuições previdenciárias referentes ao período de labor rural exercido anteriormente à vigência da Lei nº 8.213/91 como condição para a expedição da certidão de tempo de contribuição respectiva, por se tratar de pedido objetivando a contagem recíproca do tempo de serviço rural referido, não se afigurando suficiente a mera ressalva aposta no documento acerca da ausência de tais recolhimentos.

3. O artigo 201, § 9º, da Constituição Federal, possibilita a contagem recíproca. Contudo, exige uma compensação financeira entre os regimes de previdência social. Vale dizer, em princípio, é exigível a comprovação do efetivo recolhimento das contribuições sociais devidas nas épocas próprias ou, na sua ausência, a indenização dos valores correspondentes ao período que se quer computar, nesta última hipótese conforme o disposto no artigo 96, inciso IV, da Lei nº 8.213/91.

4. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, com efeito, no julgamento da ADIN nº 1.664-0/UF, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti, assentou "(...) parece lícito extrair que, para a contagem recíproca corretamente dita, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada, não pode ser dispensada a prova de contribuição, pouco importando - diante desse explícito requisito constitucional - que de contribuir, houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício de reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição".

5. Referida compensação financeira, operada entre o Regime Geral da Previdência Social e o da Administração Pública, faz-se necessária, uma vez que na contagem recíproca o benefício concedido resulta do aproveitamento de tempos de serviço prestados

em regime previdenciários distintos, a ser pago pelo sistema a que o segurado estiver vinculado quando de seu requerimento. Não obstante, é dever da autarquia expedir a respectiva certidão de tempo de serviço, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondente, uma vez que o direito à expedição de certidão é assegurado a todos, na forma do artigo 5º, XXXIV, "b", da Constituição da República. À pessoa jurídica de direito público a que vinculada o servidor, no momento de instituir eventual beneficio em seu favor, cumprirá condicionar o cômputo do período de labor rural à indenização a que se refere a legislação previdenciária, para fins de contagem recíproca.

6. Segundo a tese jurídica firmada pelo STJ, no julgamento do REsp 1682678/SP (Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 30/04/2018): "O segurado que tenha provado o desempenho de serviço rurícola em período anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, embora faça jus à expedição de certidão nesse sentido para mera averbação nos seus assentamentos, somente tem direito ao cômputo do aludido tempo rural, no respectivo órgão público empregador, para contagem recíproca no regime estatutário se, com a certidão de tempo de serviço rural, acostar o comprovante de pagamento das respectivas contribuições previdenciárias, na forma da indenização calculada conforme o dispositivo do art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991".

7. Em suma: a certidão de tempo de serviço para fins de contagem recíproca pode ser expedida, sem a necessidade de comprovação do efetivo recolhimento das contribuições sociais devidas nas épocas próprias ou, na sua ausência, a indenização dos valores correspondentes ao período que se quer computar, bastando o INSS fazer constar a advertência quanto a ausência do referido pagamento. Precedentes da Terceira Seção: TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 1137 - 0029603-02.2000.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA, julgado em 24/10/2007, DJU DATA:19/12/2007 PÁGINA: 403; TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 1360 - 0065507-83.2000.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS, julgado em 22/05/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/06/2014.

8. Embargos infringentes não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2018.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO

SOCIAL - INSS em face de acórdão da 3ª Seção desta Corte, que, por maioria de votos, negou provimento ao agravo legal, interposto em face da decisão monocrática terminativa, proferida pelo Des. Fed. ROBERTO HADDAD, que julgou parcialmente procedente a ação rescisória, para rescindir em parte o v. acórdão combatido e, no Juízo rescisório, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na lide originária para condenar o INSS a reconhecer o tempo de serviço rural no período de 01/05/1962 a 14/08/1973, bem como a expedir a competente certidão, facultando consignar a falta de recolhimento das contribuições ou a necessidade de indenização, para fins de contagem recíproca.

Pretende a autarquia a prevalência do voto vencido, da lavra da Des. Fed. THEREZINHA CAZERTA, que dava provimento ao agravo para, em sede de juízo rescisório, no rejulgamento da causa, reconhecer a parcial procedência do pedido originário em extensão diversa, condicionando a expedição da certidão de tempo de serviço para fins de contagem recíproca ao pagamento da indenização correspondente ao recolhimento das contribuições devidas.

Sustenta que é imprescindível a comprovação do recolhimento das contribuições sociais devidas, ou a indenização do período, para que o recorrido possa ver computado, para fins de contagem recíproca, mediante a expedição da competente certidão, o período anterior a 24.07.1991, que exerceu atividade rural, conforme preceituado pelos artigos 202, § 2º (atualmente 201, § 9º), da Constituição Federal, 55, parágrafos 1º e 2º, 94 e 96, inciso IV, da Lei nº 8.213/91.

Os embargos infringentes foram recebidos, consignando-se a ausência de contrarrazões (fl. 204).

O d. representante do MPF ofereceu parecer às fls. 207-211, opinando pelo provimento dos embargos infringentes, para que prevaleça o voto vencido.

À fl. 216, foi determinada a suspensão do feito, tendo em vista a instauração, pelo C. Superior Tribunal de Justiça, de incidente de julgamento de recursos repetitivos versando sobre a questão tratado nos autos.

Em consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça, verifico que, em 25.04.2018 (acórdão publicado em 30.04.2018), o STJ julgou o caso paradigma (Tema 609), cessando a suspensão dos processos.

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 34 do Regimento Interno, com a redação da Emenda Regimental nº 15/16.

Peço dia para julgamento.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

O sistema recursal do CPC/2015 somente se aplica em face das decisões/acórdãos publicados sob sua égide, permanecendo as anteriores sujeitas às normas do CPC/1973. A propósito, o Novo CPC dispõe (art. 14) que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

De acordo com o artigo 530, do CPC/1973, na redação dada pela Lei nº 10.352/2001, são cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória.

O âmbito de cognição dos embargos de infringentes, vale sublinhar, é a divergência estabelecida pelo voto vencido, devendo as razões dos embargos limitar-se à divergência, visando a prevalência desta.

Conforme observa ARAKEN DE ASSIS ("Manual dos Recursos", São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 562), "O cabimento dos embargos infringentes exibe a notável particularidade de se basear no voto vencido. Resulta daí a necessária inferência de que a extensão máxima da devolução, a via mais ou menos larga confiada à disposição do vencido, apura-se pela diferença entre a decisão da maioria e a solução adotada no voto vencido".

Conforme registrado, a divergência no julgado se deu quanto a necessidade de indenização das contribuições previdenciárias referentes ao período de labor rural exercido anteriormente à vigência da Lei nº 8.213/91 como condição para a expedição da certidão de tempo de contribuição respectiva, por se tratar de pedido objetivando a contagem recíproca do tempo de serviço rural referido, não se afigurando suficiente a mera ressalva aposta no documento acerca da ausência de tais recolhimentos.

Com relação ao recolhimento de contribuições previdenciárias, dispõe o artigo 201, § 9º, da Constituição Federal que, "para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei".

Conforme referido pelo INSS, o embargado é funcionário público estadual filiado a regime previdenciário próprio. Nessa esteira, impõe-se a análise das questões relativas à contagem recíproca e à expedição de certidão de tempo de serviço.

O dispositivo constitucional, indubitavelmente, possibilita a contagem recíproca. Contudo, exige uma compensação financeira entre os regimes de previdência social. Vale dizer, em princípio, é exigível a comprovação do efetivo recolhimento das contribuições sociais devidas nas épocas próprias ou, na sua ausência, a indenização dos valores correspondentes ao período que se quer computar, nesta última hipótese conforme o disposto no artigo 96, inciso IV, da Lei nº 8.213/91.

O Supremo Tribunal Federal, com efeito, no julgamento da ADIN nº 1.664-0/UF, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti, assentou "(...) parece lícito extrair que, para a contagem recíproca corretamente dita, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada, não pode ser dispensada a prova de contribuição, pouco importando - diante desse explícito requisito constitucional - que de contribuir, houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício de reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição".

Cumpre registrar, sem que constitua demasia, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp Nº 1.682.678/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, firmou-se no sentido de que "O segurado que tenha provado o desempenho de serviço rurícola em período anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, embora faça jus à expedição de certidão nesse sentido para mera averbação nos seus assentamentos, somente tem direito ao cômputo do aludido tempo rural, no respectivo órgão público empregador, para contagem recíproca no regime estatutário se, com a certidão de tempo de serviço rural, acostar o comprovante de pagamento das respectivas contribuições previdenciárias, na forma da indenização calculada

conforme o dispositivo do art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991". A propósito, confira-se o acórdão prolatado pela Corte Superior:

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. CONTAGEM RECÍPROCA. SERVIDOR PÚBLICO. TRABALHO RURÍCOLA PRESTADO EM PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 8.213/1991. DIREITO À EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO. CABIMENTO. CÔMPUTO DO TEMPO PARA CONTAGEM RECÍPROCA. EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES NA FORMA PREVISTA PELO ART. 96, IV, DA LEI N. 8.213/1991. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015, C/C O ART. 256-N E SEGUINTES DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.
> 1. Na situação em exame, os dispositivos legais cuja aplicação é questionada nos cinco recursos especiais, com a tramitação que se dá pela sistemática dos repetitivos (REsps 1.676.865/RS, 1.682.671/SP, 1.682.672/SP, 1.682.678/SP e 1.682.682/SP), terão sua resolução efetivada de forma conjunta.
> 2. Não se pode conhecer da insurgência na parte em que pleiteia o exame de matéria constitucional, sob pena de, assim procedendo, esta Corte usurpar a competência do STF.
> 3. Reconhecido o tempo de serviço rural, não pode o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS se recusar a cumprir seu dever de expedir a certidão de tempo de serviço. O direito à certidão simplesmente atesta a ocorrência de um fato, seja decorrente de um processo judicial (justificação judicial), seja por força de justificação de tempo de serviço efetivada na via administrativa, sendo questão diversa o efeito que essa certidão terá para a esfera jurídica do segurado.
> 4. Na forma da jurisprudência consolidada do STJ, "nas hipóteses em que o servidor público busca a contagem de tempo de serviço prestado como trabalhador rural para fins de contagem recíproca, é preciso recolher as contribuições previdenciárias pertinentes que se buscam averbar, em razão do disposto nos arts. 94 e 96, IV, da Lei 8.213/1991" (REsp 1.579.060/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 30/5/2016).
> 5. Descabe falar em contradição do art. 96, IV, com o disposto pelo art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, visto que são coisas absolutamente diversas: o art. 96, IV, relaciona-se às regras da contagem recíproca de tempo de serviço, que se dá no concernente a regimes diferenciados de aposentadoria; o art. 55 refere-se às regras em si para concessão de aposentadoria por tempo de serviço dentro do mesmo regime, ou seja, o Regime Geral da Previdência Social.
> 6. É descabido o argumento trazido pelo amicus curiae de que a previsão contida no art. 15, I e II, da Lei Complementar n. 11/1971, quando já previa a obrigatoriedade de contribuição previdenciária, desfaz a premissa de que o tempo de serviço rurícola anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991 não seria contributivo. É que a contribuição prevista no citado dispositivo legal se reporta a uma das fontes de custeio da Previdência Social, cuja origem decorre das contribuições previdenciárias de patrocinadores, que não os próprios segurados. Ora, acolher tal argumento significaria dizer que, quanto aos demais benefícios do RGPS, por existirem outras fontes de custeio (inclusive receitas derivadas de concursos de prognósticos), o sistema já seria contributivo em si, independentemente das contribuições obrigatórias por parte dos segurados.
> 7. Não se há de falar em discriminação entre o servidor público e o segurado vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, porque, para o primeiro, no tocante ao tempo de serviço rurícola anterior a 1991, há recolhimento das contribuições previdenciárias, o que não é exigido para o segundo. Cuida-se de regimes diferentes, e, no caso do segurado urbano e do rurícola, nada obstante as diferenças de tratamento quanto à carência e aos requisitos para a obtenção dos benefícios, ambos se encontram vinculados ao mesmo Regime Geral da Previdência Social, o que não ocorre para o servidor estatutário.

> 8. Tese jurídica firmada: O segurado que tenha provado o desempenho de serviço rurícola em período anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, embora faça jus à expedição de certidão nesse sentido para mera averbação nos seus assentamentos, somente tem direito ao cômputo do aludido tempo rural, no respectivo órgão público empregador, para contagem recíproca no regime estatutário se, com a certidão de tempo de serviço rural, acostar o comprovante de pagamento das respectivas contribuições previdenciárias, na forma da indenização calculada conforme o dispositivo do art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991.
> 9. Na hipótese dos autos, o aresto prolatado pelo Tribunal de origem está em conformidade com o posicionamento desta Corte Superior, porque, da leitura do voto condutor e do acórdão que resultou das suas premissas, não há determinação para que o tempo de serviço constante da respectiva certidão seja contado como tal para o caso de contagem recíproca, pelo que não tem esse efeito, salvo se houver o recolhimento das contribuições.
> 10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.
> 11. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.
> (REsp 1682678/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 30/04/2018)

Logo, temos que, referida compensação financeira, operada entre o Regime Geral da Previdência Social e o da Administração Pública, faz-se necessária, uma vez que na contagem recíproca o benefício concedido resulta do aproveitamento de tempos de serviço prestados em regime previdenciários distintos, a ser pago pelo sistema a que o segurado estiver vinculado quando de seu requerimento.

Não obstante, é dever da autarquia expedir a respectiva certidão de tempo de serviço, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondente, uma vez que o direito à expedição de certidão é assegurado a todos, na forma do artigo 5º, XXXIV, "b", da Constituição da República.

À pessoa jurídica de direito público a que vinculada o servidor, no momento de instituir eventual beneficio em seu favor, cumprirá condicionar o cômputo do período de labor rural à indenização a que se refere a legislação previdenciária, para fins de contagem recíproca.

Destarte, mesmo que seja considerada válida a averbação do tempo de serviço rural pelo INSS, sem necessidade de recolhimento de contribuições, é inadmissível a contagem recíproca desse tempo de serviço rural para fins de aposentadoria no serviço público sem que haja o recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes ao período.

Logo, a certidão de tempo de serviço para fins de contagem recíproca pode ser expedida, sem a necessidade de comprovação do efetivo recolhimento das contribuições sociais devidas nas épocas próprias ou, na sua ausência, a indenização dos valores correspondentes ao período que se quer computar, bastando o INSS fazer constar a advertência quanto a ausência do referido pagamento.

Assim, como bem asseverado na decisão monocrática, confirmada pelo voto condutor do acórdão recorrido, "Indevida, pois, a negativa do INSS em expedir a certidão de tempo de serviço de comprovada atividade campesina. Frise-se que o recolhimento ou indenização das contribuições correspondentes, com a compensação financeira dos sistemas de previdência diversos, deverá ser objeto de questionamento na hipótese de eventual apresentação da certidão pelo interessado para fins de aposentadoria. Ademais, cuida-se de direito individual fundamental a obtenção de certidões em repartições públicas, independentemente do pagamento de taxas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º,

XXXIV, da Constituição Federal). Nada obstante, deverá ser facultado ao INSS consignar na certidão a ausência de recolhimento ou indenização das contribuições correspondentes ao tempo de serviço em atividade rural, reconhecido no âmbito judicial ou administrativo, providência suficiente para resguardar os direitos da autarquia federal, além de demonstrar a fiel situação do segurado perante o regime previdenciário".

Esse entendimento, impende referir, tem o beneplácito da jurisprudência da Colenda 3ª Seção desta Corte:

> PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL PARA O FIM DE CONTAGEM RECÍPROCA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO CABÍVEL COM ANOTAÇÃO DA EXIGIBILIDADE DE RECOLHIMENTO DE INDENIZAÇÃO EM DATA POSTERIOR. VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSICÃO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DEMANDA RESCISÓRIA PROCEDENTE. AÇÃO ORIGINÁRIA PARCIALMENTE PROCEDENTE.
> - Trata-se de ação rescisória proposta com base em violação literal de disposição de lei, cuja controvérsia versa apenas sobre obrigação de indenização de contribuições concernentes a contagem de tempo de serviço trabalhado na atividade privada, como rurícola, sob o Regime Geral da Previdência Social, para efeito de concessão de aposentadoria no serviço público, conforme dispunha o artigo 202, parágrafo 2º, da Constituição Federal (hoje, artigo 201, parágrafo 9º) e artigo 96, inciso IV, da Lei nº 8.213/91.
> - Para fins de implementação de contagem recíproca, com exigência de compensação financeira entre os diferentes regimes previdenciários, nos termos do artigo 201, § 9º, da Constituição Federal, não se pode afastar a obrigação de indenização relativa ao tempo de serviço do qual não foi efetivado recolhimento de contribuições, seja por omissão do próprio segurado ou pelo fato de que se encontrava dispensado de tais recolhimentos pelo regime de origem.
> - Todavia, no que concerne ao reconhecimento de tempo de serviço rural, anterior à edição da Lei 8.213/91, o posicionamento trazido pelo Desembargador Federal Galvão Miranda, calcado em entendimento do TRF 4ª região, é o que melhor atende à realidade rural, quando expressa: "A contagem recíproca se verifica quando, para fins concessão de benefícios previdenciários, há associação de tempo de serviço em atividade privada com tempo de serviço público sujeitos a diferentes regimes de previdência social, sendo devida, no caso, a indenização de que trata o inciso IV do art. 96 da Lei nº 8.213/91. Por outro lado, o direito de obter certidão é garantia constitucional (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da Constituição Federal), não podendo sua expedição ser condicionada à prévia indenização, o que não impede possa a autarquia previdenciária, na própria certidão, em se tratando de tempo de serviço para fins de contagem recíproca, esclarecer a situação específica do segurado quanto a ter ou não procedido ao recolhimento de contribuições ou efetuado o pagamento de indenização relativa ao respectivo período. (TRF-3ª Região; AC nº 858170/MS, rel. Des. Fed. Galvão Miranda, j. 28/03/2006, DJU 26/04/2006, p. 627)"
> - Não há que se falar em prescrição, tendo em vista que se trata de verba de natureza indenizatória e não tributária, sendo faculdade do interessado efetivar ou não o prévio recolhimento para obter a efetiva contagem do tempo indenizado.
> - A simples determinação de expedição de certidão de tempo de serviço, sem que se ponha sob garantia os interesses do INSS, quanto ao direito de indenização, se e quando operacionalizada a contagem recíproca, constitui violação a literal disposição do disposto no artigo 202, § 2º, da Constituição Federal (hoje, artigo 201, § 9º), e artigo 96, inciso IV, da Lei nº 8.213/91.
> - Ação rescisória procedente. Ação originária parcialmente procedente.
> (TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 1137 - 0029603-02.2000.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA, julgado em 24/10/2007, DJU DATA:19/12/2007 PÁGINA: 403)

AGRAVO. RESCISÓRIA. DECISÃO MONOCRÁTICA. PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS RESCINDENS E RESCISSORIUM (ART. 557, CPC). RECONHECIMENTO E EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. CONSIGNADA NO DOCUMENTO AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTOS, TANTO PARA EFEITO DE CARÊNCIA QUANTO PARA FINS DE CONTAGEM RECÍPROCA. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS DA EXORDIAL DA ACTIO RESCISSORIA. RECURSO NÃO PROVIDO.
- A princípio, é forte na 3ª Seção desta Casa jurisprudência no sentido de que decisões condizentemente fundamentadas e sem máculas tais como ilegalidade ou abuso de poder não devem ser modificadas: caso dos autos.
- Todas irresignações do ente público encontram-se adequadamente analisadas e o decisório hostilizado é claro quanto às razões pelas quais a demanda restou decidida como feito.
- Possibilidade de reconhecimento de tempo de serviço rural e de expedição de certidão respectiva; consignada no documento ausência de recolhimentos, tanto para efeito de carência quanto para fins de contagem recíproca.
- Agravo a que se nega provimento.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 1360 - 0065507-83.2000.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS, julgado em 22/05/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/06/2014)

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO aos embargos infringentes.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001553-55.2013.4.03.6128
(2013.61.28.001553-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: EDUARDO ALVES DOS SANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JUNDIAÍ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI
Classe do Processo: Ap 2265434
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE DE TRABALHADOR RURAL. FLEXIBILIZAÇÃO DE PEDIDOS. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO.
- Possibilidade de flexibilização na apropriação dos pedidos deduzidos nas exordiais, em razão da própria hipossuficiência denotada pela parte autora, a mitigar-se o rigorismo próprio da legislação processual, permitindo-se, muita vez, certa fungibilidade na valoração da prestação pleiteada. Precedentes jurisprudenciais.
- A modalidade de jubilamento postulado vem consagrado no § 3º do artigo 48 da Lei nº 8.213/91, na dicção da Lei nº 11.718/2008, e é, tradicionalmente, denominado híbrido ou misto, haja vista a permissão legislativa quanto à contagem de tempo desempenhado em mister rural, em consórcio a outros interstícios contributivos atinentes a categorias de segurado diversas, de sorte a adimplir, com referido somatório, o lapso de carência, delimitado a partir da aplicação da tabela progressiva constante do artigo 142 da Lei nº 8.213/91. Quanto ao quesito etário, remanesce assinalado em 65 anos (homem) e 60 anos (mulher).
- Agregando-se o lapso de labor rural ora reconhecido aos demais interregnos de serviço que ecoam dos elementos carreados aos autos, ressai que o suplicante reúne tempo superior ao legalmente reclamado, sendo de rigor a acolhida do pedido.
- Apelação autárquica desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. O Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias acompanhou a Relatora com ressalva de entendimento pessoal.

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Cuida-se de apelação do INSS tirada de sentença, não submetida à remessa oficial, que, em autos de concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural, julgou improcedente o pedido e reconheceu o direito à concessão de aposentadoria híbrida, desde a data da audiência, quando restou comprovado o trabalho rural, fixada a renda mensal em um salário mínimo. Foram antecipados os efeitos jurídicos da tutela (fls. 188/191).

Em seu recurso, pugna a autarquia previdenciária pela reforma da decisão combatida sob o argumento de não cumprimento do período de carência legal pela autora (fls. 196/197).

Sem contrarrazões, subiram os autos ao Tribunal.

Em síntese, o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Inicialmente, afigura-se correta a não submissão da r. sentença à remessa oficial.

De fato, o artigo 496, § 3º, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, dispõe que não está sujeita ao reexame necessário a sentença em ações movidas contra a União Federal e respectivas autarquias e fundações e cujo direito controvertido não exceda mil salários mínimos.

No caso dos autos, considerando as datas do termo inicial do benefício (fixada em 27/01/2015) e da prolação da sentença (16/08/2016), bem como o valor da benesse, verifico que a hipótese em exame não excede os mil salários mínimos.

Não sendo, pois, o caso de conhecer da remessa oficial, passo à análise dos recursos interpostos, uma vez cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos no diploma processual.

De logo, diga-se que na senda previdenciária se conhece certa flexibilização na apropriação dos pedidos deduzidos nas exordiais, em razão da própria hipossuficiência denotada pela parte autora, a mitigar-se o rigorismo próprio da legislação processual, permitindo-se, muita vez, certa fungibilidade na valoração da prestação pleiteada (cite-se, à guisa de exemplo, o deferimento de auxílio-doença quando postulada, apenas, aposentadoria por invalidez). Quanto à hipótese especificamente esboçada neste feito, muito embora se conheça jurisprudência havendo por *extra petita* a decisão judicial, sendo de citar, a título de exemplo, precedente desta própria Nona Turma nesse diapasão (APELREEX proc. reg. nº 00319623620164039999, Relator JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, TRF3, NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 27/01/2017), certo é que o c. STJ tem decidido em sentido diverso. Consulte-se, a propósito, o seguinte precedente:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 48, §§ 3º E 4º DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.718/2008. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
> 1. A Lei 11.718/2008 introduziu no sistema previdenciário brasileiro uma nova modalidade

de aposentadoria por idade denominada aposentadoria por idade híbrida.
2. Neste caso, permite-se ao segurado mesclar o período urbano ao período rural e vice-versa, para implementar a carência mínima necessária e obter o benefício etário híbrido.
3. Não atendendo o segurado rural à regra básica para aposentadoria rural por idade com comprovação de atividade rural, segundo a regra de transição prevista no artigo 142 da Lei 8.213/1991, o § 3º do artigo 48 da Lei 8.213/1991, introduzido pela Lei 11.718/2008, permite que aos 65 anos, se homem e 60 anos, mulher, o segurado preencha o período de carência faltante com períodos de contribuição de outra qualidade de segurado, calculando-se o benefício de acordo com o § 4º do artigo 48.
4. Considerando que a intenção do legislador foi a de permitir aos trabalhadores rurais, que se enquadrem nas categorias de segurado empregado, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial, o aproveitamento do tempo rural mesclado ao tempo urbano, preenchendo inclusive carência, o direito à aposentadoria por idade híbrida deve ser reconhecido.
5. Recurso especial conhecido e não provido.
(STJ, RESP 201300429921, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1367479, SEGUNDA TURMA, Relator Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 10/09/2014).

Assim, é de rigor que se aquilate a factibilidade de aposentadoria por idade, com aproveitamento de tempos de labor rural e urbano.

A modalidade de jubilamento postulado pela autoria vem consagrado no § 3º do artigo 48 da Lei nº 8.213/91, na dicção da Lei nº 11.718/2008, e é, tradicionalmente, denominado híbrido ou misto, haja vista a permissão legislativa quanto à contagem de tempo desempenhado em mister rural, em consórcio a outros interstícios contributivos atinentes a categorias de segurado diversas, de sorte a adimplir, com referido somatório, o lapso de carência, delimitado a partir da aplicação da tabela progressiva constante do artigo 142 da Lei nº 8.213/91. Quanto ao quesito etário, remanesce assinalado em 65 anos (homem) e 60 anos (mulher).

Ao prever tal espécie de aposentação, teve o legislador ordinário por fito salvaguardar os interesses dos exercentes de ofício rural que, em sua jornada profissional, de forma transitória ou permanente, vieram a galgar ocupações distintas, notadamente de natureza urbana, circunstância que, eventualmente, empecer-lhes-ia a outorga de aposentadoria por idade de trabalhador rural, relegando-os a verdadeiro limbo jurídico, à constatação de que desempenharam labor urbano por expressivo lapso temporal ou bem teriam abandonado a atividade campestre antes do atingimento etário ou da vindicação da benesse. É-lhes propiciada, nessa medida, a contabilização do tempo laboral desenvolvido no campo, ainda que de forma descontínua, conjugando-o ao afazer urbano, na busca do atendimento à carência legal. Desimporta, aqui, investigar-se do predomínio de atividades rurais no histórico laboral do requerente do benefício; tampouco, apurar-se se, quando da dedução do requerimento, o solicitante ainda estava a labutar no campo.

Vale ponderar, ainda, que, ao contrário do que sucede na aposentadoria por idade de trabalhador rural, na modalidade híbrida encontra aplicabilidade o artigo 3º, § 1º, da Lei nº 10.666/2003, mercê do qual a perda da qualidade de segurado, anteriormente ao atingimento da idade exigida, não é de molde a obstar a outorga do benefício, contanto que seja alcançada a carência exigida. Precedente deste Tribunal nesse diapasão: AC 00038436520164039999, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, TRF3, SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 23/06/2016.

Quanto à demonstração do labor rural, há de se operar à luz dos contornos arraigados na jurisprudência, tais os seguintes:

- é suficiente à demonstração do labor rural início de prova material (v.g., documentos expedidos por órgãos públicos que contemplem a qualificação rurícola da parte autora, não sendo taxativo o rol de documentos previsto no art. 106 da Lei nº 8.213/91), corroborado por prova testemunhal coesa e harmônica, sendo inservível a tal finalidade prova exclusivamente testemunhal (Súmula STJ 149), inclusive para os chamados "boias-frias" (REsp nº 1.321.493/PR, apreciado na sistemática do art. 543-C do CPC);

- são extensíveis à mulher, a partir da celebração do matrimônio ou do limiar da união estável, os documentos em que os cônjuges, ou conviventes, aparecem qualificados como lavradores (v.g., STJ, AGARESP 201402280175, Relatora Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJE 11/12/2014);

- possível o reconhecimento de tempo de serviço rural antecedente ou ulterior ao princípio de prova documental apresentado, desde que ratificado por testemunhos idôneos (STJ, REsp nº 1.348.633/SP, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, j. 28/08/2013, DJE 05/12/2014).

- indisputável a existência de início de prova material contemporâneo a, quando menos, quinhão do período rural por testificar-se (v. Súmula TNU 34; cf., também, RESP 201200891007, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 19/12/2012, apreciado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, donde se colhe ser dispensável que o princípio de prova documental diga respeito a todo o interregno a comprovar, admitindo-se que aluda, apenas, à parcela deste);

- tratando-se de aposentadoria híbrida, despiciendo quer o recolhimento de contribuições previdenciárias relativamente ao tempo rural invocado pela autoria, à moda do que sucede em sede de aposentadoria por idade de trabalhador rural (RESP nº1497086/PR, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 06/04/2015), quer a demonstração do exercício da labuta campesina ao tempo da oferta do requerimento administrativo do benefício (AgRg no RESP 1.497.086/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, STJ - Segunda Turma, DJe 06/04/2015; RESP 201300429921, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, STJ - Segunda Turma, DJe 10/09/2014).

Postas as balizas, passa-se ao exame do caso dos autos.

A parte autora, nascida em 15/12/1947, adimpliu o requisito etário em 15/12/2012, incumbindo-lhe demonstrar o exercício de atividades rurícola e urbana por, no mínimo, 180 meses.

No intuito de denotar a labuta campesina, em regime de economia familiar, desenvolvida, consoante aduz, entre 23/05/1964 a 25/11/1988, o demandante trouxe à baila os seguintes documentos, entre outros:

- certidão do Registro de Imóveis de Ivaiporã/PR, dando conta da compra de imóvel rural pelo genitor do autor, em 23/05/1964 e a alienação do mesmo em 25/11/1988 (fl. 17);

- cópia da certidão de casamento, celebrado em 13/12/1975, em que o autor exsurge qualificado como lavrador (fl. 18);

- nota fiscal de entrada, em nome do autor, emitida em 13/06/1978 (fl. 19);

- certificado de cadastro rural em nome do vindicante, qualificado como trabalhador rural, emitida em 01/10/1975 (fl. 20);

- matrícula do autor junto ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Ivaiporã, em 22/09/1976 (fl. 21);

- certidão de nascimento de seus filhos, em 25/06/1978 e 01/07/1979, irrogando-lhe o ofício de lavrador (fls. 29/30).

Quanto às testemunhas, ouvidas em 27/01/2015, e que conhecem o vindicante desde 1964, foram uníssonas em afirmar que ele trabalhou nas lides rurais, em sítio paterno situado em Ivaiporã/SP, onde plantavam arroz, milho e feijão, sem a ajuda de empregados, até 1988, quando a família mudou-se para Itu/SP.

Por aí vai-se vendo que os testigos ouvidos, coesos e harmônicos quanto à prestação de trabalho rural pelo requerente, em consonância com o início de prova material, permitem concluir pelo desempenho dessa atividade entre 1964 e 1988.

E, por óbvio que não se pode descartar lapso de memória, de todo escusável face ao decurso de tempo, quanto à exatidão das datas citadas pelos depoentes. Assim, de rigor o desconto, do lapso de labor rural reconhecido, o período compreendido entre 13/09/1983 (início do primeiro vínculo urbano) a 25/11/1988 (data da venda da propriedade rural de seu genitor), eis que, neste lapso, o autor exercia ofício de natureza urbana, como abaixo se verá.

Com efeito, há, nos autos, extrato do CNIS coligido à fl. 49, com registros de contratos de natureza urbana nos seguintes períodos: 13/09/1983 a 20/05/1986, 17/09/1986 (sem saída), 12/01/1987 a 13/04/1989, 04/12/1989 a 20/11/1990, 01/07/1991 a 12/10/1993, 01/07/1994 a 07/04/1995. Observa-se, ainda, que o autor esteve em gozo de amparo social de 17/02/2014 a 24/01/2015, data em que passou a perceber aposentadoria por idade, por força de antecipação de tutela, nestes autos (NB 163.518.881-1).

E agregando-se o lapso de labor rural ora reconhecido aos demais interregnos de serviço que ecoam dos elementos carreados aos autos, ressai que o suplicante reúne tempo superior ao legalmente reclamado, sendo de rigor a acolhida do pleito inicial.

Os valores já pagos, seja na via administrativa ou por força de decisão judicial, deverão ser integralmente abatidos do débito.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO AO APELO AUTÁRQUICO mantendo íntegra a sentença recorrida.

É o voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

EMBARGOS INFRINGENTES
0002977-86.2013.4.03.6111
(2013.61.11.002977-6)

Embargante: VALDA JOSE SOUTO DA SILVEIRA
Embargado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MARÍLIA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Classe do Processo: EI 1902230
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2018

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CONTEMPORANEIDADE DA ATIVIDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE CAMPESINA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR À IMPLEMENTAÇÃO DO REQUISITO ETÁRIO. CONTEMPORANEIDADE DA PROVA MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ESTENDER PROVA MATERIAL EM NOME DO CÔNJUGE PARA PERÍODO POSTERIOR AO ÓBITO. EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. VERBA HONORÁRIA. INFRINGENTES PREJUDICADOS.
1. A aposentadoria por idade do trabalhador rural encontra previsão no art. 48, §§1º e 2º, da Lei nº 8.213/91.
2. O C. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do RESP nº 1.348.633/SP, adotando a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil/1973, assentou o entendimento de que é possível o reconhecimento de tempo de serviço rural exercido em momento anterior ou posterior àquele retratado no documento mais antigo juntado aos autos como início de prova material, mas desde que tal período venha delineado em prova testemunhal idônea.
3. Há remansosa jurisprudência no sentido de ser extensível à mulher a condição de rurícola nos casos em que os documentos apresentados, para fins de comprovação da atividade campesina, indiquem o marido como trabalhador rural.
4. A 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.304.479/SP, sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973, entendeu que o trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, os demais integrantes como segurados especiais, devendo ser averiguada a dispensabilidade do trabalho rural para a subsistência do grupo familiar, sendo que, em exceção a essa regra geral, tem-se que a extensão de prova material em nome de um integrante do núcleo familiar a outro não é possível quando aquele passa a exercer trabalho incompatível com o labor rurícola, como o de natureza urbana.
5. O C. STJ estabeleceu, no julgamento do REsp autuado sob nº 1.354.908/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos representativos de controvérsia, a necessidade da demonstração do exercício da atividade campesina em período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário.
6. É forte o entendimento de que, ainda que não se exija prova material para todo o período de carência, a prova material indiciária deve se referir ao menos à parte desse interregno, isto é, deve haver concomitância temporal entre a prova material

inicial e o lapso que se pretende comprovar em juízo, mormente quando verificado significativo decurso de tempo entre um e outro. Precedentes desta Corte e do c. STJ.
7. O aproveitamento por extensão de documentos em nome de terceiro deve guardar correlação lógica com a situação que se pressupõe comum. Explico. Razoável a presunção de que, ante a comprovação de que algum dos membros do núcleo familiar trabalhava em regime de economia familiar, os demais também o fizessem, eis que é pressuposto necessário e comum dessa atividade o apoio mútuo e o esforço comum, sem os quais o grupo não conseguiria se manter. A mesma presunção, entretanto, não vale para o diarista, eis que o fato de um dos membros exercer funções laborativas nesta qualidade, não faz presumir que os demais também o façam, ante a inexistência de pressuposto comum ou de caraterística integrativa da parte ao todo.
8. No caso concreto, a autora implementou o requisito etário em 2008 e apresentou como prova material sua certidão de casamento, ocorrido em 09.10.1974, em que consta a profissão "lavrador" na qualificação de seu falecido marido; bem como, vários documentos em nome de seu marido, referentes a imóvel rural de 14,5 ha, em Cianorte/PR, relativos aos exercícios de 1960 a 1966, 1968, 1970, 1971 e 1976. Foi colhida prova oral. Consta dos autos que o marido da autora faleceu em 18.07.1980 e que a autora recebe a respectiva pensão por morte de trabalhador rural.
9. Era imprescindível que a autora tivesse apresentado início de prova material em nome próprio, a fim de, em conjunto com outros meios probatórios (como a prova oral), demonstrar que permaneceu no mourejo rural após o óbito de seu marido por todo o período equivalente à carência do benefício e imediatamente anterior à implementação do requisito etário para sua aposentação. Desse modo, considerando que a atividade rural supostamente exercida pela autora está baseada em prova exclusivamente testemunhal, sem início de prova material para o período exigido, não reconhecida a comprovação do exercício de atividade rural no período imediatamente anterior ao da implementação do requisito etário e equivalente à carência.
10. Em razão do entendimento fixado pela Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.352.721/SP, na forma do artigo 543-C do CPC/1973, e diante da ausência de conteúdo probatório eficaz, deverá o feito ser extinto, sem resolução de mérito, por carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, de sorte a possibilitar à autora o ajuizamento de novo pedido, administrativo ou judicial, caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.
11. Verba honorária fixada em R$ 1.000,00 (mil reais), devidamente atualizado e acrescido de juros de mora, conforme estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal para as dívidas civis, conforme prescrevem os §§ 2º, 4º, III, e 8º, do artigo 85 do CPC. A exigibilidade ficará suspensa por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, a teor do disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.
12. Tratando-se de matéria de ordem pública, que pode ser revista a qualquer momento pelo Juízo, extinto o processo, sem resolução de mérito, de ofício, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil/1973 e artigo 485, IV, do Código de Processo Civil. Prejudicados os embargos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, de ofício, julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, e dar por prejudicados os embargos infringentes da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2018.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos por VALDA JOSE SOUTO DA SILVEIRA contra acórdão não unânime proferido pela 8ª Turma deste e. Tribunal, que, por maioria, negou provimento a agravo legal interposto pela autora.

O agravo, por seu turno, foi interposto em face de decisão monocrática terminativa de mérito, que deu provimento à apelação autárquica para julgar improcedente o pedido de benefício de aposentadoria por idade rural.

Em suas razões recursais (fls. 160-167) aduziu que deve prevalecer o voto vencido, uma vez que, no seu entender, teria restado comprovada sua condição de trabalhadora rural.

À fl. 168, os embargos foram admitidos.

Intimado para tanto (fl. 168), o INSS não apresentou contrarrazões (fl. 170).

O Ministério Público Federal reiterou a manifestação formulada no 1º grau (fl. 173), a qual indicou a não ocorrência das hipóteses legais para sua intervenção (fl. 84v).

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos na vigência do CPC/1973, razão pela qual, embora não mais prevista a espécie recursal na lei adjetiva ora vigente (CPC/2015), os mesmos deverão ser apreciados na forma regulada pela lei anterior, em observância ao princípio *tempus regit actum* e ao quanto disposto no artigo 14 do atual CPC.

Conforme disposto no artigo 530 do CPC/1973, com redação dada pela Lei nº 10.352/01, cabiam embargos infringentes quando o acórdão não unânime houvesse reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houvesse julgado procedente ação rescisória, sendo que, em caso de desacordo parcial, os embargos seriam restritos à matéria objeto da divergência.

Ressalto que não consta dos autos a declaração do voto minoritário, entretanto, encontra-se sedimentado entendimento no sentido de que se presume o desacordo total com o voto vencedor. Confira-se:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS INFRINGENTES CABÍVEIS. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA PARTE NÃO-UNÂNIME DO JULGADO. NÃO CONHECIMENTO.
> 1. "A ausência, nos autos, da declaração do voto vencido não é óbice à oposição de embargos infringentes, pois, conforme jurisprudência sedimentada neste Superior Tribunal de Justiça, não sendo possível aferir a extensão do voto minoritário, o referido recurso é cabível por desacordo total" (AgRg no Ag 713665/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 03/04/2006, p. 248)
> [...]
> (STJ, 3ª Turma, AgRg/AG 1402076, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 01.03.2012)

Sobre o tema recursal Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery pontuam:

> 11. Finalidade. Os embargos infringentes têm como finalidade o pedido de modificação do acórdão, com o objetivo de fazer prevalecer o voto vencido. [...]
> 13. Efeito devolutivo. O âmbito de devolutividade dos embargos infringentes é restrito à matéria objeto de divergência. A parte unânime do acórdão não enseja embargos infringentes, podendo ser impugnada por RE ou REsp (CPC 498). [...]
> 19. Casuística: [...]
> Limites dos EI. O julgamento dos embargos infringentes não se bitola pelas razões do voto vencido, mas limita-se à extensão dele, podendo-se alterar a motivação, mas o resultado deve ser idêntico, sob pena de ofensa ao CPC 530 *in fine* (Iº TACivSP, Ag 575072-7. rel. Min. Sena Rebouças. j. 8.6.1994 - RJE 15/8).
> (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 940-941)

Ação ajuizada em 05.08.2013, em que a autora postula a concessão de aposentadoria por idade rural.

Em 1ª Instância, o pedido foi julgado procedente (fls. 107-122), À apelação autárquica foi dado provimento, julgando-se improcedente o pleito, conforme decisão monocrática terminativa (fls. 145-146) proferida pela então Relatora, Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, da qual destaco o seguinte:

> [...] A autora completou a idade mínima em 25.04.2008, devendo comprovar o exercício de atividade rural por 162 meses (fl. 09).
> Acostou, a autora, cópia da sua certidão de casamento (assento lavrado em 1974), qualificando o marido como lavrador (fl. 13).
> Consta, ainda, extrato de consulta ao Sistema Único de Benefícios - DATAPREV, indicando que a autora recebe pensão por morte de seu cônjuge, trabalhador rural, desde 18.07.1980 (fl. 65).
> É pacífico o entendimento de nossos Tribunais, diante das difíceis condições dos trabalhadores do campo, sobre a possibilidade da extensão da qualificação do cônjuge ou companheiro à esposa ou companheira.
> Contudo, o falecimento do cônjuge em 1980, quase 18 anos antes do implemento do requisito etário pela autora, impossibilita a extensão da condição de trabalhador rural durante esse interregno. Acrescente-se o fato de que não há qualquer documento, em nome da própria demandante, demonstrando ser lavradora.
> Apesar de os testemunhos terem afirmado a atividade rurícola da autora, de longa data vem a jurisprudência inclinando-se para a necessidade da prova testemunhal vir acompanhada de, pelo menos, um início razoável de prova documental, resultando até mesmo na Súmula

> de nº 149 do Superior Tribunal de Justiça [...]
> No mesmo sentido o artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91, ao dispor que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida a prova exclusivamente testemunhal.
> Não podendo se estender a qualificação do marido, a ausência de prova documental, que sirva pelo menos como indício do exercício de atividade rural pela autora, enseja a denegação do benefício pleiteado. [...]

Contra essa decisão, a autora interpôs agravo, ao qual foi negado provimento em acórdão não unânime proferido pela 8ª Turma desta Corte (fls. 155-158), nos termos do voto do Relator, Desembargador Federal Luiz Stefanini, acompanhado pelo Desembargador Federal David Dantas, vencida a Desembargadora Federal Tânia Marangoni, cuja declaração de voto, conforme supramencionado, não consta dos autos.

Admitido o desacordo total e considerando o teor dos infringentes, tem-se que a divergência no julgado se deu quanto à comprovação do exercício da atividade rural pela autora no período de carência, até a data da implementação do requisito etário, para fins de concessão da aposentadoria por idade.

A aposentadoria por idade do trabalhador rural encontra previsão no art. 48, §§1º e 2º, da Lei nº 8.213/91 (LBPS), *in verbis*:

> Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.
> § 1º *Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea "a" do inciso I, na alínea "g" do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.*
> § 2º Para os efeitos do disposto no § 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 benefício 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) (grifos nossos)

Ressalto o entendimento firmado pela 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.348.633/SP, adotando a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, inclusive objeto do enunciado de Súmula nº 577, no sentido de que é possível o reconhecimento de tempo de serviço rural exercido em momento anterior ou posterior àquele retratado no documento mais antigo juntado aos autos como início de prova material, mas desde que tal período venha delineado em prova testemunhal idônea e robusta.

Quanto ao ponto, também restou assentado pela 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.321.493/SP, em sede de recurso representativo de controvérsia, que é possível o abrandamento da prova para configurar tempo de serviço rural dos trabalhadores rurais denominados "boias-frias", considerando a inerente dificuldade probatória da condição de trabalhador campesino, sendo, para tanto, imprescindível a apresentação de início de prova material sobre parte do lapso temporal pretendido, a ser complementada por idônea e robusta prova testemunhal.

Ainda, há remansosa jurisprudência no sentido de ser extensível à mulher a condição de rurícola nos casos em que os documentos apresentados, para fins de comprovação da atividade campesina, indiquem o marido como trabalhador rural (confira-se: STJ, 3ª Seção, EREsp 1171565, relator Ministro Nefi Cordeiro, DJe 05.03.2015).

Em complementação ao tema, a 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.304.479/SP, sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973, entendeu que o trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, os demais integrantes como segurados especiais, devendo ser averiguada a dispensabilidade do trabalho rural para a subsistência do grupo familiar, sendo que, em exceção a essa regra geral, tem-se que *a extensão de prova material em nome de um integrante do núcleo familiar a outro não é possível quando aquele passa a exercer trabalho incompatível com o labor rurícola, como o de natureza urbana.*

Além do mais, o C. STJ estabeleceu, no julgamento do REsp autuado sob nº 1.354.908/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos representativos de controvérsia, a necessidade da demonstração do exercício da atividade campesina em período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário, *verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
> 1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que *o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício.* Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. *Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício.*
> 2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil.
> (STJ, 1ª Seção, REsp 1354908, relator Ministro Campbell Marques, DJe 10.02.2016) [grifos nossos]

Pois bem, em 05.08.2013 a autora, nascida em 25.04.1953 (fl. 09), postulou a concessão de aposentadoria por idade rural, mediante o reconhecimento de sua condição de trabalhadora rural (fls. 02-06). Aduziu ter trabalhado desde os dozes anos junto com seus pais em diversas propriedades na Bahia, onde se casou, tendo se mudado com o marido para o Paraná. Alegou terem adquirido uma pequena propriedade rural, em que passaram a trabalhar em regime de economia familiar. Após o falecimento de seu marido na década de 1980, afirmou ter se mudado com os filhos para o distrito de padre Nóbrega, em Marília/SP, passando a trabalhar em várias fazendas da região.

Por ter completado a idade mínima necessária em 2008, deveria comprovar o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior à implementação do requisito etário ou ao requerimento do benefício, equivalente à carência, no caso, de 162 (cento e sessenta e dois) meses, ou seja, entre 1994 e 2008.

Para comprovação do alegado, juntou sua certidão de casamento, ocorrido em 09.10.1974, onde consta qualificada como "do lar" e seu marido como "lavrador" (fl. 13), bem como vários documentos em nome de seu marido, referentes a imóvel rural de 14,5 ha, em Cianorte/PR, relativos aos exercícios de 1960 a 1966, 1968, 1970, 1971 e 1976 (fls. 14-22).

Foram ouvidas testemunhas, em 20.10.2014 (fls. 94-100):

> Testemunha Pedrina Maria dos Santos: "que a depoente conheceu a autora por volta de 1979/1980, quando ela veio do estado do Paraná para a cidade de Padre Nóbrega; que ela veio com os filhos e já era viúva; que a autora trabalhava como bóia-fria nas lavouras de café e amendoim; que a autora e a depoente trabalharam juntas na fazenda Moreira e no Marconato; que o último trabalho junto com a autora foi em 2010 no Marconato; que a autora trabalhava todos os dias na lavoura; que a depoente não se recorda da autora ter exercido atividade urbana; que na propriedade do Marconato não havia registro na CTPS; que no Marconato eram contratadas para trabalhou na colheita do café; que geralmente a colheita de café vai de maio a agosto; que a depoente trabalhou na Prefeitura Municipal de Marília a partir de 1980; que nas suas férias trabalhava como boia-fria; que geralmente tirava férias nos períodos de colheita de café; que nos períodos que não havia colheita de café a autora fazia outras atividades, como capinação; que a depoente mora a um quarteirão e meio da casa da autora, por isso tem conhecimento das atividades da autora".
>
> Testemunha Izabel Pereira Coutinho: "que a depoente conheceu autora por volta de 1980, quando a autora se mudou com os pais e os filhos do Paraná para Padre Nóbrega; que em Padre Nóbrega a autora era vizinha da depoente; que a depoente e a autora trabalharam juntas como lavradoras na colheita de amendoim nas propriedades do Sachi, Chicarelli e Bolnacasaca, bem como trabalharam juntas na colheita do café na fazenda Moreira e para os Marconato; que a autora trabalhava na lavoura todos os dias; que a depoente nunca exerce atividade urbana; que a última atividade junto com a autora foi na colheita de café para os Marconato no ano de 2010; que na fazenda do Marconato era contratada na época de colheita sem registro na CTPS e recebiam por semana; que geralmente a colheita de café vai de maio a agosto; que além da colheita de café a autora também trabalhava nas colheitas de amendoim e melancia".

Consta dos autos a informação de que a autora recebe "pensão por morte de trabalhador rural" desde 18.07.1980, data do óbito de seu marido (fls. 65-66).

Verifica-se que não constam quaisquer documentos em nome próprio da autora que a qualifiquem como trabalhadora rural.

As testemunhas somente vieram a conhecer a autora depois do óbito de seu marido, quando se mudou do Paraná para São Paulo.

Considerando que as únicas provas materiais apresentadas nos autos quanto à atividade rural estão em nome do *de cujus*, falecido em 1980, não há como estender sua eficácia probatória para o período posterior ao óbito.

É forte o entendimento de que, ainda que não se exija prova material para todo o período de carência, a prova material indiciária deve se referir ao menos à parte desse interregno, isto é, deve haver concomitância temporal entre a prova material inicial e o lapso que se pretende comprovar em juízo, mormente quando verificado significativo decurso de tempo entre um e outro.

Nesse sentido, ressalto os seguintes precedentes do c. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

> AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. PERÍODO LEGAL DE CARÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONTEMPORÂNEA. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 149/STJ. AÇÃO IMPROCEDENTE.
> 1. Nenhum dos documentos apresentados comprova o exercício da atividade rural no perío-

do de carência (138 meses - artigos 142 e 143 da Lei nº 8213/91) imediatamente anterior ao requerimento do benefício (2004), havendo apenas a prova testemunhal colhida.
2. *A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que "conquanto não se exija a contemporaneidade da prova material durante todo o período que se pretende comprovar o exercício de atividade rural, deve haver ao menos um início razoável de prova material contemporânea aos fatos alegados, admitida a complementação da prova mediante depoimentos de testemunhas"* (AgRg no REsp 1150825/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 23/10/2014).
3. Incide a Súmula 149/STJ ("A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de beneficio previdenciário"), cuja orientação foi confirmada no julgamento do REsp n. 1.133.863/RN, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 15/04/2011, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, uma vez que, no presente caso, a prova testemunhal não se fez acompanhar de qualquer documento contemporâneo ao tempo de atividade reclamado.
4. Ação rescisória improcedente.
(*STJ, 3ª Seção, AR 3994, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., DJe 23.09.2015*) [grifo nosso]

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. APOSENTADORIA POR IDADE DE TRABALHADOR RURAL. ÓBITO DO CÔNJUGE. INÍCIO MATERIAL DE PROVA. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RESP 1.352.721/SP.
- A aposentadoria por idade de rurícola exige idade mínima de 60 anos (homem) e 55 anos (mulher), bem assim comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência da benesse, conforme tabela progressiva, de cunho transitório, inserta no art. 142 da Lei nº 8.213/91, a ser manejada conforme o ano de implementação do requisito etário, ficando afastada a obrigatoriedade de contribuições.
- Possibilidade de demonstração do labor campesino, mediante utilização de princípios de provas em nome do cônjuge da postulante da aposentadoria por idade, mesmo após o falecimento deste.
- Nessa circunstância, os documentos indiciários devem guardar proximidade ao lapso de carência, exigindo-se, ainda, prova testemunhal robusta, no sentido de que a solicitante persistiu a labutar nas lides rurais, até completar a idade mínima à aposentação postulada.
- *In casu, muito embora as testemunhas tenham afirmado que a parte autora exerceu labor rural pelo interregno de carência, os elementos havidos como princípios de prova documental desservem à finalidade probante, à falta de contemporaneidade com o lapso no âmbito do qual haveria de ser demonstrada a faina campestre.*
- Precedente do STJ submetido à sistemática dos recursos representativos de controvérsia (REsp nº 1.352.721/SP), no qual se deliberou que a falta de eficaz princípio de prova material do labor campesino traduz-se em ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, abrindo ensejo à extinção do processo sem resolução de mérito.
- Embargos infringentes desprovidos.
- Extinção do processo, de ofício, sem resolução do mérito.
(*TRF3, 3ª Seção, EI 00330343420114039999, relatora Desembargadora Federal Ana Pezarini, v.u., DJe 01.12.2017*) [grifo nosso]

Além do mais, o aproveitamento por extensão de documentos em nome de terceiro deve guardar correlação lógica com a situação que se pressupõe comum. Explico. Razoável a presunção de que, ante a comprovação de que algum dos membros do núcleo familiar trabalhava em regime de economia familiar, os demais também o fizessem, eis que é pressuposto

necessário e comum dessa atividade o apoio mútuo e o esforço comum, sem os quais o grupo não conseguiria se manter. A mesma presunção, entretanto, não vale para o diarista, eis que o fato de um dos membros exercer funções laborativas nesta qualidade, não faz presumir que os demais também o façam, ante a inexistência de pressuposto comum ou de caraterística integrativa da parte ao todo.

Por oportuno, destaco trecho do voto condutor da relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, no julgamento proferido, em 22.06.2017, à unanimidade desta 3ª Seção, com relação à Ação Rescisória nº 2015.03.00.004818-6:

> [...] O trabalho rural em regime de economia familiar permite o aproveitamento do início de prova material em reciprocidade entre os membros da entidade familiar, sendo permitida a comunicação da qualificação profissional de um membro para outro, como ocorre entre os cônjuges, entre pais e filhos, e em outras hipóteses nas quais presente o parentesco.
> No reconhecimento do trabalho rural do diarista não se permite, em regra, o aproveitamento da prova material, que não em nome próprio, em razão do caráter solitário e avulso do trabalho desempenhado.
> Assim, o diarista só poderá aproveitar o início de prova material produzida em nome de outrem, mesmo que de algum familiar, se devidamente amparado pelas demais provas dos autos. [...]

Ressalte-se, na situação concreta, que a prova material do labor rural em nome de seu marido diz respeito a imóvel rural próprio, localizado no Paraná, o que permitia concluir pelo exercício da lida campesina em regime de economia familiar, situação não mais presumida após o óbito de seu esposo e sua mudança de Estado.

No caso concreto se fazia imprescindível que a autora tivesse apresentado início de prova material em nome próprio e relativa ao período de carência, a fim de, em conjunto com outros meios probatórios (como a prova oral), demonstrar que permaneceu no mourejo rural por todo o período equivalente à carência do benefício e imediatamente anterior à implementação do requisito etário para sua aposentação.

Desse modo, considerando que a atividade rural supostamente exercida pela autora está baseada em prova exclusivamente testemunhal, sem início de prova material para o período exigido, não reconheço a comprovação do exercício de atividade rural no período imediatamente anterior ao da implementação do requisito etário e equivalente à carência.

Em razão do entendimento fixado pela Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.352.721/SP, na forma do artigo 543-C do CPC/1973, e diante da ausência de conteúdo probatório eficaz, deverá, ainda que contrariamente ao entendimento deste Relator, o feito ser extinto, sem resolução de mérito, por carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, de sorte a possibilitar à autora o ajuizamento de novo pedido, administrativo ou judicial, caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.

Ante o exposto, tratando-se de matéria de ordem pública, que pode ser revista a qualquer momento pelo Juízo, *de ofício, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito*, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil/1973 e artigo 485, IV, do Código de Processo Civil, e *dou por prejudicados os embargos infringentes opostos pela autora.*

Condeno a autora no pagamento de honorários advocatícios que fixo em R$ 1.000,00 (mil reais), devidamente atualizado e acrescido de juros de mora, conforme estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal para as dívidas civis, conforme prescrevem os §§ 2º, 4º, III, e 8º, do artigo 85 do CPC. A exigibilidade ficará

suspensa por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, a teor do disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.

Custas na forma da lei.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006153-76.2013.4.03.6110
(2013.61.10.006153-5)

Apelantes: AGAMENON JOSE DIAS E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: Ap 2066114
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA EM PARTE. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO INDEVIDA. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA EM PARTE. APELAÇÃO DO AUTOR IMPROVIDA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE TUTELA ANTECIPADA.
I. Da análise do perfil profissiográfico e da CTPS juntada aos autos e de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, a parte autora comprovou o exercício de atividades especiais somente nos períodos de 01/03/2004 a 28/02/2007, 01/03/2008 a 01/03/2012.
II. Períodos de 13/01/1984 a 31/03/1985, 01/04/1985 a 20/01/1986, 21/01/1986 a 02/09/1986, 03/09/1986 a 30/06/1987, 09/05/1988 a 22/01/1990 e de 13/03/1992 a 05/03/1997 reconhecidos administrativamente como especiais.
III. Os períodos de 06/03/1997 a 10/07/2001, 01/03/2007 a 01/03/2008, 02/03/2012 a 09/05/2013 devem ser considerados como tempo de serviço comum.
IV. Computados os períodos trabalhados até a data do requerimento administrativo, verifica-se que a parte autora *não* comprovou o exercício de atividades consideradas especiais por um período de tempo superior a 25 (vinte e cinco) anos, razão pela qual não preenche os requisitos para a concessão da aposentadoria especial, nos moldes dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.
V. Computando-se os períodos de trabalho especial ora reconhecidos, acrescido aos demais períodos de trabalho comuns, até a data da EC nº 20/98 (15/12/1998), perfazem-se 16 (dezesseis) anos, 10 (dez) meses e 25 (vinte e cinco) dias, o que é insuficiente para concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.
VI. Computando-se os períodos de trabalho até a data do requerimento administrativo (09/05/2013), nota-se que além de o autor não ter atingido a idade mínima, não teria atingido o tempo de serviço necessário exigido pela EC nº 20/98, vez que contaria com apenas 33 (trinta três) anos, 03 (três) meses e 21 (vinte e um) dias, conforme planilha ora anexada.
VII. Faz o autor jus somente à averbação dos períodos de 01/03/2004 a 28/02/2007, 01/03/2008 a 01/03/2012.
VIII. Tendo em vista o quanto decidido pelo C. STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.401.560/MT, processado segundo o rito do artigo 543-C do CPC de 1973, determino

a devolução dos valores recebidos por força de tutela antecipada pela parte autora. IX. Apelação do INSS parcialmente provida e apelação do autor improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do INSS e negar provimento à apelação do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de julho de 2018.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço ou aposentadoria especial, a partir do requerimento administrativo (09/05/2013), mediante o reconhecimento dos períodos de 06/03/1997 a 10/07/2001, 01/03/2004 a 25/05/2004, 31/05/2004 a 09/05/2013 como de atividade especial.

A r. sentença (fls. 73/76) julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer os períodos requeridos e determinou a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço a contar da data da sentença. Foi determinada a implantação do benefício no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias. Não houve condenação em custas. As partes foram condenadas em sucumbência recíproca.

A r. sentença não foi submetida à remessa oficial.

A autarquia interpôs apelação (fls. 79/86) sustentando que o autor não teria comprovado o exercício de atividade especial nos períodos constantes em sentença, uma vez que a parte não teria juntado laudo pericial contemporâneo aos fatos que pretende comprovar, afirmando, ainda, que o uso de equipamento de proteção individual (EPI) inibiria a exposição do organismo a agente agressivo. Subsidiariamente, questiona a aplicação dos juros e correção monetária.

Por sua vez, apela a parte autora (fls. 90/101) requerendo a concessão do benefício de aposentadoria especial mediante a conversão dos períodos de atividade comum (12/07/1982 a 14/10/1983 e de 12/09/1990 a 12/03/1992) em atividade especial e aplicação do coeficiente 0,83. Pleiteia que o termo inicial do benefício seja fixado na data do requerimento administrativo (09/05/2013) e requer que seja a autarquia condenada em honorários advocatícios.

Com as contrarrazões do autor, subiram os autos a este E. Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Decido.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

A concessão da aposentadoria por tempo de serviço, hoje tempo de contribuição, está condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91.

A par do tempo de serviço/contribuição, deve também o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu artigo 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 (cento e oitenta) exigidos pela regra permanente do citado artigo 25, inciso II.

Para aqueles que implementaram os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço até a data de publicação da EC nº 20/98 (16/12/1998), fica assegurada a percepção do benefício, na forma integral ou proporcional, conforme o caso, com base nas regras anteriores ao referido diploma legal.

Por sua vez, para os segurados já filiados à Previdência Social, mas que não implementaram os requisitos para a percepção da aposentadoria por tempo de serviço antes da sua entrada em vigor, a EC nº 20/98 impôs as condições constantes do seu artigo 9º, incisos I e II.

Ressalte-se, contudo, que as regras de transição previstas no artigo 9º, incisos I e II, da EC nº 20/98 aplicam-se somente para a aposentadoria proporcional por tempo de serviço, e não para a integral, uma vez que tais requisitos não foram previstos nas regras permanentes para obtenção do referido benefício.

Desse modo, caso o segurado complete o tempo suficiente para a percepção da aposentadoria na forma integral, faz jus ao benefício independentemente de cumprimento do requisito etário e do período adicional de contribuição, previstos no artigo 9º da EC nº 20/98.

Por sua vez, para aqueles filiados à Previdência Social após a EC nº 20/98, não há mais possibilidade de percepção da aposentadoria proporcional, mas apenas na forma integral, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e de 30 (trinta) anos, para as mulheres.

Portanto, atualmente vigoram as seguintes regras para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição:

Segurados filiados à Previdência Social antes da EC nº 20/98:

a) têm direito à aposentadoria (integral ou proporcional), calculada com base nas regras anteriores à EC nº 20/98, desde que cumprida a carência do artigo 25 c/c 142 da Lei nº 8.213/91, e o tempo de serviço/contribuição dos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91 até 16/12/1998;

b) têm direito à aposentadoria proporcional, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que cumprida a carência do artigo 25 c/c 142 da Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço/contribuição dos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91, além dos requisitos adicionais do art. 9º da EC nº 20/98 (idade mínima e período adicional de contribuição de 40%);

c) têm direito à aposentadoria integral, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e de 30 (trinta) anos, para as mulheres;

Segurados filiados à Previdência Social após a EC nº 20/98:

- têm direito somente à aposentadoria integral, calculada com base nas regras posteriores

à EC nº 20/98, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e 30 (trinta) anos, para as mulheres.

Objetiva o autor a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço ou aposentadoria especial, a partir do requerimento administrativo (09/05/2013), mediante o reconhecimento dos períodos de 06/03/1997 a 10/07/2001, 01/03/2004 a 25/05/2004, 31/05/2004 a 09/05/2013 como de atividade especial.

Observo que o INSS administrativamente já teria reconhecido os períodos de 13/01/1984 a 31/03/1985, 01/04/1985 a 20/01/1986, 21/01/1986 a 02/09/1986, 03/09/1986 a 30/06/1987, 09/05/1988 a 22/01/1990 e de 13/03/1992 a 05/03/1997 como especiais (fls. 54/55), motivo pelo qual tais períodos são tidos por incontroversos.

Portanto, a controvérsia nos presentes autos refere-se ao reconhecimento do exercício de atividade especial nos períodos de 06/03/1997 a 10/07/2001, 01/03/2004 a 25/05/2004, 31/05/2004 a 09/05/2013 bem como o preenchimento dos requisitos para concessão do benefício de aposentadoria especial/tempo de serviço.

Da conversão da atividade comum em especial:

Quanto ao pedido de conversão de atividade comum em especial, a regra inserida no artigo 57, §3º, da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, permitia a soma do tempo de serviço de maneira alternada em atividade comum e especial, ou seja, era possível a conversão do tempo de especial para comum e vice-versa. Dispunha o referido preceito legal:

> Art. 57. (....)
> § 3º. O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício.

Por sua vez, os Decretos nºs 357 de 07/12/1991 e 611 de 21/07/1992, que trataram sobre o regulamento da Previdência Social, explicitaram no artigo 64 a possibilidade da conversão de tempo comum em especial, inclusive com a respectiva tabela de conversão (redutor de 0,71 para o homem).

Posteriormente, com o advento da Lei nº 9.032/95, foi introduzido o §5º, que mencionava apenas a conversão do tempo especial para comum e não alternadamente.

Todavia, em recente julgado, em 26/11/2014, DJe de 02/02/2015, submetido à sistemática de Recurso Especial Repetitivo, REsp. nº 1310034/PR, o Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela inaplicabilidade da regra que permitia a conversão de atividade comum em especial a todos os benefícios requeridos após a vigência da Lei nº 9.032/95, conforme ementa a seguir transcrita:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL NA RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO. ACOLHIMENTO. RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 8/2008 MANTIDA. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO ESPECIAL E COMUM. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO. LEI APLICÁVEL. CRITÉRIO. LEGISLAÇÃO VIGENTE QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DA APOSENTADORIA.
> 1. *omissis*.
> 9. No caso dos autos, a reunião dos requisitos para a aposentadoria foi em 2002, quando em

vigor, portanto, o art. 57, § 5º, da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Lei 9.032/1995, que afastou a previsão de conversão de tempo comum em especial.
10. *omissis*.
11. No presente recurso representativo da controvérsia, repita-se, o objeto da controvérsia é saber qual lei rege a possibilidade de converter tempo comum em especial, e o que ficou estipulado (item "3" da ementa) no acórdão embargado é que a lei vigente no momento da aposentadoria disciplina o direito vindicado.
12. No caso concreto, o objetivo era que a conversão do tempo de serviço fosse regida pela Lei vigente ao tempo da prestação (Lei 6.887/1980), o que foi afastado pelo postulado decidido sob o regime do art. 543-C do CPC de que "a lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço".
13. Ao embargado foi deferida administrativamente a aposentadoria por tempo de contribuição em 24.1.2002, pois preencheu o tempo de 35 anos de serviço, mas pretende converter o tempo comum que exerceu em especial, de forma a converter o citado benefício em aposentadoria especial.
14. A vantagem desse procedimento é que a aposentadoria especial não está submetida ao fator previdenciário (art. 29, I e II, da Lei 8.213/1991, com a redação da Lei 9.876/1999), o que de certa forma justifica a vedação legal de conversão do tempo comum em especial, pois, caso contrário, todos os aposentados por tempo de contribuição com 35 anos de tempo de serviço comum, por exemplo, poderiam pleitear a conversão desse tempo em especial (fator 1,4) de forma a também converter a aposentadoria comum em especial (25 anos) e, com isso, afastar o fator previdenciário.
15. Tal argumento de reforço, com intuito de apresentar visão sistêmica do regime geral de previdência social, denota justificativa atuarial para a vedação de conversão do tempo comum em especial fixada pela Lei 9.032/1995.
16. O sistema previdenciário vigente após a Lei 9.032/1995, portanto, somente admite aposentadoria especial para quem exerceu todo o tempo de serviço previsto no art. 57 da Lei 8.213/1991 (15, 20 ou 25 anos, conforme o caso) em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.
17. Embargos de Declaração acolhidos, com efeito infringente, para prover o Recurso Especial e julgar improcedente a presente ação, invertendo-se os ônus sucumbenciais, mantendo-se incólume a resolução da controvérsia sob o rito do art. 543-C do CPC.
(EDcl no REsp 1310034/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 02/02/2015) g.n.

Dessa forma, tendo em vista que o requerimento administrativo do autor é posterior ao advento da Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao artigo 57, §5º da Lei nº 8.213/91, inaplicável a conversão de atividade comum em especial nos períodos de atividade comum reclamados, para fins de compor a base de aposentadoria especial.

Atividade Especial:

A aposentadoria especial foi instituída pelo artigo 31 da Lei nº 3.807/60.

O critério de especificação da categoria profissional com base na penosidade, insalubridade ou periculosidade, definidas por Decreto do Poder Executivo, foi mantido até a edição da Lei nº 8.213/91, ou seja, as atividades que se enquadrassem no decreto baixado pelo Poder Executivo seriam consideradas penosas, insalubres ou perigosas, independentemente de comprovação por laudo técnico, bastando, assim, a anotação da função em CTPS ou a elaboração do então denominado informativo SB-40.

Foram baixados pelo Poder Executivo os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, relacio-

nando os serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos.

Embora o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 tenha limitado a aposentadoria especial às atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, o critério anterior continuou ainda prevalecendo.

De notar que, da edição da Lei nº 3.807/60 até a última CLPS, que antecedeu à Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço especial foi sempre definido com base nas atividades que se enquadrassem no decreto baixado pelo Poder Executivo como penosas, insalubres ou perigosas, independentemente de comprovação por laudo técnico.

A própria Lei nº 8.213/91, em suas disposições finais e transitórias, estabeleceu, em seu artigo 152, que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física deverá ser submetida à apreciação do Congresso Nacional, prevalecendo, até então, a lista constante da legislação em vigor para aposentadoria especial.

Os agentes prejudiciais à saúde foram relacionados no Decreto nº 2.172, de 05/03/1997 (art. 66 e Anexo IV), mas por se tratar de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei n 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 Scartezzini; 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 vigeram de forma simultânea, ou seja, não houve revogação daquela legislação por esta, de forma que, constatando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado (STJ - REsp. n. 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355).

O Decreto nº 2.172/97, que revogou os dois outros decretos anteriormente citados, passou a considerar o nível de ruídos superior a 90 dB(A) como prejudicial à saúde.

Por tais razões, até ser editado o Decreto nº 2.172/97, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 dB(A) como agente nocivo à saúde.

Todavia, com o Decreto nº 4.882, de 18/11/2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal decreto esse nível voltou a ser de 85 dB(A) (art. 2º do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99).

Houve, assim, um abrandamento da norma até então vigente, a qual considerava como agente agressivo à saúde a exposição acima de 90 dB(A), razão pela qual vinha adotando o entendimento segundo o qual o nível de ruídos superior a 85 dB(A) a partir de 05/03/1997 caracterizava a atividade como especial.

Ocorre que o C. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.398.260/PR, sob o rito do artigo 543-C do CPC, decidiu não ser possível a aplicação retroativa do Decreto nº 4.882/03, de

modo que no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, em consideração ao princípio *tempus regit actum*, a atividade somente será considerada especial quando o ruído for superior a 90 dB(A).

Nesse sentido, segue a ementa do referido julgado:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.
> Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC
> 1. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.
> 2. O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ. Caso concreto
> 3. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço decorrente da supressão do acréscimo da especialidade do período controvertido não prejudica a concessão da aposentadoria integral.
> 4. Recurso Especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.
> (STJ, REsp 1398260/PR, Primeira Seção, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 05/12/2014)

Destaco, ainda, que o uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido, precedentes desta E. Corte (AC nº 2000.03.99.031362-0/SP; 1ª Turma; Rel. Des. Fed. André Nekatschalow; v.u; J. 19.08.2002; DJU 18.11) e do Colendo Superior Tribunal de Justiça: REsp 584.859/ES, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/08/2005, DJ 05/09/2005 p. 458).

No presente caso, da análise dos perfis profissiográficos juntados aos autos (fls. 51/58 do processo administrativo) e de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, a parte autora comprovou o exercício de atividades especiais nos seguintes períodos:

> - 01/03/2004 a 28/02/2007, 01/03/2008 a 01/03/2012 (data constante do PPP) vez que exposto de maneira habitual e permanente a ruídos superiores a 90dB(A), sujeitando-se aos agentes enquadrados no código 2.0.1, Anexo IV do Decreto nº 3.048/99.

O período de 06/03/1997 a 10/07/2001 não pode ser tido por especial uma vez que a exposição a agentes agressivos (ruídos) se deu em nível inferior ao limite legal exigido, uma vez que registrada que a exposição a 86dB.

Do mesmo modo, o período de 01/03/2007 a 01/03/2008 deve ser tido como período comum ante a ausência de comprovação à exposição a agente nocivo, uma vez que não mensurado nos documentos acostados.

Por fim, o período de 02/03/2012 a 09/05/2013 deve ser tido como período comum

ante a ausência de comprovação à exposição a agente nocivo, uma vez que não abrangido nos documentos acostados.

Cumpre ressalvar que até a promulgação da Lei 9.032/95, de 28 de abril de 1995, presume-se a especialidade do labor pelo simples exercício de profissão que se enquadre no disposto nos anexos dos regulamentos acima referidos, *exceto para os agentes nocivos ruído, poeira e calor (para os quais sempre fora exigida a apresentação de laudo técnico).*

Cumpre observar, ainda, que, por ocasião da conversão da Medida Provisória nº 1.663/98 na Lei nº 9.711/98, permaneceu em vigor o parágrafo 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, razão pela qual continua sendo plenamente possível a conversão do tempo trabalhado em condições especiais em tempo de serviço comum relativamente a qualquer período, incluindo o posterior a 28 de maio de 1998.

Neste sentido, é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL . TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL APÓS 1998. CÔMPUTO. MP N. 1663-15 CONVERTIDA NA LEI N. 9.711/1998. MANUTENÇÃO DA REGRA DE CONVERSÃO.
> 1. Permanece a possibilidade de conversão do tempo de serviço exercido em atividades especiais para comum após 1998, pois a partir da última reedição da MP n. 1.663, parcialmente convertida na Lei 9.711/1998, a norma tornou-se definitiva sem a parte do texto que revogava o referido § 5º do art. 57 da Lei n. 8.213/1991. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Quinta Turma.
> 2. Agravo regimental improvido.
> (STJ, AgRg no Resp nº 1.127.806-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05/04/2010).

Computados os períodos trabalhados até a data do requerimento administrativo, verifica-se que a parte autora *não* comprovou o exercício de atividades consideradas especiais por um período de tempo superior a 25 (vinte e cinco) anos, razão pela qual não preenche os requisitos para a concessão da aposentadoria especial, nos moldes dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

E, computando-se os períodos de trabalho especial ora reconhecidos, acrescido aos demais períodos de trabalho comuns, até a data da EC nº 20/98 (15/12/1998), perfazem-se *16 (dezesseis) anos, 10 (dez) meses e 25 (vinte e cinco) dias*, conforme planilha anexa, o que é insuficiente para concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

Diante disso, não tendo implementado os requisitos para percepção da aposentadoria por tempo de serviço antes da vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, a parte autora deve cumprir o quanto estabelecido em seu artigo 9º, que assim dispõe:

> Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:
> I - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e
> II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
> a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e
> b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.
> § 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do "caput",

> e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:
> I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
> a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e
> b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;
> II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o "caput", acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.
> § 2º - O professor que, até a data da publicação desta Emenda, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no "caput", terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício de atividade de magistério.

Portanto, para obtenção da aposentadoria proporcional, o autor deve implementar mais 02 (dois) requisitos, quais sejam, possuir a idade mínima de 53 (cinquenta e três) anos, além de cumprir um período adicional de contribuição de 40% (quarenta por cento) sobre o período de tempo faltante para o deferimento do benefício em sua forma proporcional, na data de publicação da EC nº 20/98 (16/12/1998).

E, computando-se os períodos de trabalho até a data do requerimento administrativo (09/05/2013), nota-se que além de o autor não ter atingido a idade mínima, não teria atingido o tempo de serviço necessário exigido pela EC nº 20/98, vez que contaria com apenas *33 (trinta três) anos, 03 (três) meses e 21 (vinte e um) dias*, conforme planilha ora anexada.

Faz o autor jus, portanto, somente à averbação dos períodos de 01/03/2004 a 28/02/2007, 01/03/2008 a 01/03/2012.

Tendo em vista o quanto decidido pelo C. STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.401.560/MT, processado segundo o rito do artigo 543-C do CPC de 1973, determino a devolução dos valores recebidos por força de tutela antecipada pela parte autora.

> PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO.
> O grande número de ações, e a demora que disso resultou para a prestação jurisdicional, levou o legislador a antecipar a tutela judicial naqueles casos em que, desde logo, houvesse, a partir dos fatos conhecidos, uma grande verossimilhança no direito alegado pelo autor. O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º). Por isso, quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu decisum não é irreversível. Mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária. Para essa solução, há ainda o reforço do direito material. Um dos princípios gerais do direito é o de que não pode haver enriquecimento sem causa. Sendo um princípio geral, ele se aplica ao direito público, e com maior razão neste caso porque o lesado é o patrimônio público. O art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, é expresso no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição. Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que viesse a desconsiderá-lo estaria, por via transversa, deixando de aplicar norma legal que, a contrario sensu, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional. Com efeito, o art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, exige o que o

> art. 130, parágrafo único na redação originária (declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - ADI 675) dispensava. Orientação a ser seguida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil: a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos. Recurso especial conhecido e provido.
> (STJ, REsp 1401560/MT, Primeira Seção, Rel. Min. SERGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Min. ARI PARGENDLER, DJe 13/10/2015)

No que concerne aos honorários advocatícios, mantenho-os consoante fixado pela r. sentença, não havendo, assim, reparo a ser efetuado.

Do exposto, enfrentadas as questões pertinentes à matéria em debate, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS para deixar de considerar como especiais os períodos de 06/03/1997 a 10/07/2001, 01/03/2007 a 01/03/2008, 02/03/2012 a 09/05/2013, deixando de conceder ao autor o benefício de aposentadoria por tempo de serviço, determinando apenas a averbação dos períodos de 01/03/2004 a 28/02/2007, 01/03/2008 a 01/03/2012, bem como determinar a devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada, e NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO AUTOR, nos termos da decisão *supra*.

É como voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002212-91.2014.4.03.6140
(2014.61.40.002212-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: GERMANA BOAVENTURA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MAUÁ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Classe do Processo: Ap 2303053
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. QUALIDADE DE SEGURADO. APOSENTADOIRA POR IDADE AUFERIDA AO TEMPO DO ÓBITO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL A INDICAR A COABITAÇÃO E A CONVIVÊNCIA. PROVA TESTEMUNHAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CRITÉRIOS DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA.
- A demanda foi ajuizada em 24 de junho de 2014 e o aludido óbito, ocorrido em 09 de outubro de 2008, está comprovado pela respectiva Certidão.
- Restou superado o requisito da qualidade de segurado do *de cujus*. Consoante se infere da carta de concessão de fl. 52 e do extrato do Sistema Único de Benefícios - DATAPREV de fl. 128, Evandro Nunes da Silva era titular de aposentadoria por idade (NB 41/123.561.484-8), desde 01 de março de 2002, cuja cessação decorreu de seu falecimento, em 09 de outubro de 2008.
- A postulante acostou aos autos início de prova material da união estável, consubstanciado na Certidão de Nascimento pertinente ao filho havido da relação marital e, notadamente, em farta prova documental a indicar a identidade de endereço de ambos até a data do falecimento. Nos documentos apresentados consta que a autora e Evandro Nunes da Silva residiam na Rua Monsenhor Andrade, nº 36, ap. 34, no Bairro do Brás, em São Paulo - SP.
- Em audiência realizada em 02 de março de 2016, foi inquirida a testemunha Expedita Alves de Souza, que afirmou que seu local de trabalho estava situado na Rua Cavalheiro, no Brás, em São Paulo, sendo que a parte autora e Evandro Nunes da Silva moravam no mesmo prédio onde funcionava a sua empregadora. Dessa forma, veio a conhecê-los, já que diariamente os via e tinha a oportunidade de cumprimentá-los. Asseverou que, na sequência, eles se mudaram para um imóvel situado no mesmo bairro, na Rua Monsenhor Andrade. Acrescentou que sempre os via juntos com o filho deles, razão por que acreditava que eles formavam uma família. Afirmou ter vivenciado que o vínculo marital se estendeu até a data do falecimento, pois até algumas semanas que precederam o falecimento pode vê-los juntos no bairro.
- Desnecessária a demonstração da dependência econômica, pois, segundo o art. 16, I, § 4º, da Lei de Benefícios, esta é presumida em relação à companheira.
- Na hipótese dos autos, considerando que o benefício já havia sido deferido administrativamente ao filho do casal, cuja cessação decorreu do advento do limite etário, o

termo inicial deve ser mantido a contar da data em que a pensão cessou em relação ao filho, vale dizer, a partir de 25 de setembro de 2010, nos termos fixados pela r. sentença recorrida.
- Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.
- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.
- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.
- Apelação do INSS provida parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de apelação interposta em ação ajuizada por GERMANA BOAVENTURA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o benefício de pensão por morte, em decorrência do falecimento de Evandro Nunes da Silva, ocorrido em 09 de outubro de 2008.

A r. sentença proferida às fls. 126/127 julgou procedente o pedido e condenou a Autarquia Previdenciária à concessão do benefício pleiteado, acrescido dos consectários legais. Por fim, concedeu a tutela de urgência e determinou sua imediata implantação.

Em razões recursais de fls. 139/141, pugna o INSS pela reforma da sentença e improcedência do pedido, ao argumento de não ter logrado a autora comprovar sua dependência econômica em relação ao falecido segurado. Subsidiariamente, insurge-se quanto aos critérios referentes aos consectários legais.

Contrarrazões às fls. 144/145.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a esta instância para decisão.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

DA PENSÃO POR MORTE

O primeiro diploma legal brasileiro a prever um benefício contra as consequências da morte foi a Constituição Federal de 1946, em seu art. 157, XVI. Após, sobreveio a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), que estabelecia como requisito para a concessão da pensão o recolhimento de pelo menos 12 (doze) contribuições mensais e fixava o valor a ser recebido em uma parcela familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito, e tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) por segurados, até o máximo de 5 (cinco).

A Constituição Federal de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1/69, também disciplinaram o benefício de pensão por morte, sem alterar, no entanto, a sua essência.

A atual Carta Magna estabeleceu em seu art. 201, V, que:

> A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:
> V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e seu Decreto Regulamentar nº 3048, de 06 de maio de 1999, disciplinaram em seus arts. 74 a 79 e 105 a 115, respectivamente, o benefício de pensão por morte, que é aquele concedido aos dependentes do segurado, em atividade ou aposentado, em decorrência de seu falecimento ou da declaração judicial de sua morte presumida.

Depreende-se do conceito acima mencionado que para a concessão da pensão por morte é necessário o preenchimento de dois requisitos: ostentar o falecido a qualidade de segurado da Previdência Social, na data do óbito e possuir dependentes incluídos no rol do art. 16 da supracitada lei.

A qualidade de segurado, segundo Wladimir Novaes Martinez, é a:

> denominação legal indicativa da condição jurídica de filiado, inscrito ou genericamente atendido pela previdência social. Quer dizer o estado do assegurado, cujos riscos estão previdenciariamente cobertos.
> (Curso de Direito Previdenciário. Tomo II - Previdência Social. São Paulo: LTr, 1998, p. 594).

Mantém a qualidade de segurado aquele que, mesmo sem recolher as contribuições, conserve todos os direitos perante a Previdência Social, durante um período variável, a que a doutrina denominou "período de graça", conforme o tipo de segurado e a sua situação, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios, a saber:

> Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:
> I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
> II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer

atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;
V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;
VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

É de se observar, ainda, que o § 1º do supracitado artigo prorroga por 24 (vinte e quatro) meses tal período de graça aos que contribuíram por mais de 120 (cento e vinte) meses.

Em ambas as situações, restando comprovado o desemprego do segurado perante o órgão do Ministério do Trabalho ou da Previdência Social, os períodos serão acrescidos de mais 12 (doze) meses. A comprovação do desemprego pode se dar por qualquer forma, até mesmo oral, ou pela percepção de seguro-desemprego.

Convém esclarecer que, conforme disposição inserta no § 4º do art. 15 da Lei nº 8.213/91, c.c. o art. 14 do Decreto Regulamentar nº 3.048/99, com a nova redação dada pelo Decreto nº 4.032/01, a perda da qualidade de segurado ocorrerá no 16º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei nº 8.212/91 para recolhimento da contribuição, acarretando, consequentemente, a caducidade de todos os direitos previdenciários.

Conforme já referido, a condição de dependentes é verificada com amparo no rol estabelecido pelo art. 16 da Lei de Benefícios, segundo o qual possuem dependência econômica presumida o cônjuge, o(a) companheiro(a) e o filho menor de 21 (vinte e um) anos, não emancipado ou inválido. Também ostentam a condição de dependente do segurado, desde que comprovada a dependência econômica, os pais e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

De acordo com o § 2º do supramencionado artigo, o enteado e o menor tutelado são equiparados aos filhos mediante declaração do segurado e desde que comprovem a dependência econômica.

DO CASO DOS AUTOS

No caso em apreço, a ação foi ajuizada em 24 de junho de 2014 e o aludido óbito, ocorrido em 09 de outubro de 2008, está comprovado pela respectiva Certidão de fl. 61.

Também restou superado o requisito da qualidade de segurado do *de cujus*. Consoante se infere da carta de concessão de fl. 52 e do extrato do Sistema Único de Benefícios - DATAPREV de fl. 128, Evandro Nunes da Silva era titular de aposentadoria por idade (NB 41/123.561.484-8), desde 01 de março de 2002, cuja cessação decorreu de seu falecimento, em 09 de outubro de 2008.

A controvérsia cinge-se, sobretudo, à comprovação da união estável vivenciada entre a autora e o falecido segurado. A esse respeito, a postulante acostou aos autos início de prova material, consubstanciado nos documentos que destaco:

- Certidão de Nascimento de fl. 62, pertinente ao filho havido da relação marital, nascido em 24 de setembro de 1989;
- Correspondência Bancária de fl. 27, emitida pelo Banco do Brasil, em nome de Evandro Nunes da Silva, referente ao Informe de Rendimentos do Ano-Calendário 2007, na qual consta o endereço do correntista situado na Rua Monsenhor Andrade, nº 36, ap. 34, Bairro do Brás, em São Paulo - SP;
- Boleto Bancário de fl. 30, emitido pelo Banco Sudameris, em 11 de agosto de 2008, no qual

consta que Evandro Nunes da Silva ainda tinha por endereço a Rua Monsenhor Andrade, nº 36, ap. 34, Bairro do Brás, em São Paulo - SP;
- Contrato de Locação de Imóvel residencial situado no aludido endereço, firmado entre o de cujus e o proprietário Antonio dos Santos Matheus Júnior, com vigência estipulada para o período de 23.06.2006 a 22.12.2008;
- Proposta de Seguro firmada com a empresa Porto Seguro, para o imóvel situado na Rua Monsenhor Andrade, nº 36, ap. 34, Bairro do Brás, em São Paulo - SP, com vigência fixada para o período de 23.06.2006 e 22.12.2008, na qual constam como inquilinos a parte autora e Evandro Nunes da Silva (fl. 66);
- Pedidos de Venda emitidos por Casas Bahia Comercial Ltda., em 08.12.2006 e, em 07.08.2007, nos quais constam o nome da parte autora e seu endereço situado na Rua Monsenhor Andrade, nº 36, ap 34, no Bairro do Brás, em São Paulo - SP.

Tais documentos constituem indicativo da coabitação e da convivência de ambos.

Em audiência realizada em 02 de março de 2016, foi inquirida a testemunha Expedita Alves de Souza (mídia audiovisual de fl. 119), que afirmou que seu local de trabalho estava situado na Rua Cavalheiro, no Brás, em São Paulo, sendo que a parte autora e Evandro Nunes da Silva moravam no mesmo prédio onde funcionava a sua empregadora. Dessa forma, veio a conhecê-los, já que diariamente os via e tinha a oportunidade de cumprimentá-los. Asseverou que, na sequência, eles se mudaram para um imóvel situado no mesmo bairro, na Rua Monsenhor Andrade. Acrescentou que sempre os via juntos com o filho deles, razão por que acreditava que eles formavam uma família. Afirmou ter vivenciado que o vínculo marital se estendeu até a data do falecimento, pois até algumas semanas que precederam o falecimento pode vê-los juntos no bairro.

Dessa forma, comprovada a união estável, se torna desnecessária a demonstração da dependência econômica, pois, segundo o art. 16, § 4º da Lei de Benefícios, a mesma é presumida em relação à companheira.

Em face de todo o explanado, a postulante faz jus ao benefício de pensão por morte, em decorrência do falecimento de Evandro Nunes da Silva.

Por ocasião da liquidação da sentença, deverá ser compensado o valor das parcelas auferidas em decorrência da antecipação da tutela.

CONSECTÁRIOS

TERMO INICIAL

O termo inicial do benefício de pensão por morte, segundo o art. 74 da Lei nº 8.213/91, com a nova redação vigente ao tempo do óbito, conferida pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, seria a data do óbito, caso fosse requerido até trinta dias após a sua ocorrência, ou na data em que fosse pleiteado, se transcorrido este prazo.

Na hipótese dos autos, no entanto, o benefício foi deferido administrativamente ao filho da parte autora, o qual esteve em vigor até o advento do limite etário, conforme faz prova o extrato do Sistema Único de Benefícios - DATAPREV de fl. 18.

Dessa forma, o termo inicial deve ser mantido a contar da data em que o benefício cessou em relação ao filho, vale dizer, a partir de 25 de setembro de 2010, conforme foi fixado pela r. sentença recorrida.

JUROS DE MORA

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da

citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação do INSS*, apenas para ajustar os critérios de incidência dos juros de mora e da correção monetária. Os honorários advocatícios serão fixados por ocasião da liquidação do julgado, nos termos da fundamentação. *Mantenho a tutela concedida.*

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0011589-08.2016.4.03.0000
(2016.03.00.011589-1)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réus: BRUNA DE JESUS DA SILVA E VINICIUS MATHEUS DE JESUS CAETANO (incapaz)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: AR 11231
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2018

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA DO INSS. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO EM DIREITOS SOCIAIS. ANALOGIA *LEGIS* EM FAVOR DO MENOR SOB GUARDA. ARTS. 16, § 2º, DA LEI 8.213/91 (REDAÇÃO DA LEI 9.528/97), 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 33, § 3º, DA LEI 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). VIOLAÇÃO DE LEI: DESCARACTERIZAÇÃO NA ESPÉCIE. DEPENDÊNCIA COMPROVADA. INDEVIDA A CONDENAÇÃO DO INSTITUTO NA MULTA DO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015. PEDIDO FORMULADO NA AÇÃO RESCISÓRIA JULGADO IMPROCEDENTE.
- Razões favorecem a parte autora em duas frentes: primeiramente aplicação do principio da vedação de retrocesso em direitos sociais e, em seguida, o argumento da analogia *legis*.
- Admite-se a revogação de leis instituidoras de Direitos Sociais, desde que se mantenha, ou seja criado um - para usar uma linguagem da teoria dos sistemas - "equivalente funcional", um instituto que mantenha a vantagem, o beneficio que auferia o titular do direito extinto. Sem políticas compensatórias (equivalentes funcionais) proíbe-se a retirada de direitos conferidos pela lei ao concretizar o principio constitucional da Igualdade e da Justiça Social.
- Art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91 (Lei 9.528/97) e art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90, à luz do art. 227 da Constituição Republicana de 1988: a redação atual do art. 16 sofre de lacuna axiológica, por não fazer menção expressa ao "menor sob guarda". Essa lacuna é preenchida pela interpretação em consonância com a regra do ECA, e com isso temos que a norma protetora finda por dar assistência previdenciária ao menor seja qual for seu *status* jurídico. Com isso temos uma norma jurídica criada a partir de construção de sentido em dois textos de lei. Essa norma possui o seguinte alcance semântico, que finda por proteger: filho reconhecido (voluntária ou judicialmente), menor sob tutela, menor enteado e menor sob guarda. O que importa é, caracterizada a situação de dependência do infante, seja ele protegido pelas normas previdenciárias.
- Haja vista o conjunto probatório amealhado nos autos, demonstrada a dependência da parte ré em relação ao instituidor, falecido.
- Tanto o argumento de proibição no retrocesso em direitos sociais quanto o argumento hermenêutico (uso da analogia e de interpretação teleológico/sistemática) apontam em

uma direção firme: reconhecida a dependência econômica de menor sob guarda em relação a ex-segurado, como no caso *sub judice*, faz o infante jus ao reconhecimento de seu direito à pensão por morte.
- Indevida a condenação do Instituto na multa do § 4º do art. 1.021 do Estatuto de Ritos de 2015.
- Condenada a autarquia federal na verba honorária advocatícia de R$ 1.000,00 (mil reais). Custas e despesas *ex vi legis*.
- Pedido formulado na ação rescisória julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o pedido formulado na ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2018.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de ação rescisória do INSS, de 22.06.2016, com pedido de antecipação da tutela "((...) para o fim de suspender a execução"), ajuizada com fulcro no art. 966, inc. V, do Código de Processo Civil/2015, contra pronunciamento da 7ª Turma desta Corte, de negativa de provimento a agravo que interpôs para atacar decisão que, reformando sentença de improcedência do pedido, deferiu pensão por morte do bisavô materno.

Em resumo, sustenta que:

(...)
Ajuizou o Réu, em 15/03/2011, a ação ordinária nº 0003308-57.2011.4.03.6105, distribuída à 8ª Vara Federal de Campinas - SP, pleiteando a concessão do benefício de pensão por morte, na condição de BISNETO sob guarda de seu BISAVÔ, JOSÉ MIRANDA, "para todos os fins e efeitos de direito, notadamente os de cunho previdenciário (...)" (fls. 104). O BISAVÔ faleceu em 30/04/2008, portanto, posteriormente à edição da MP nº 1.523 de 11/10/1996, convertida na Lei 9.528 de 10/12/1997.
Destaca-se que a "falta da qualidade de dependente para tutelado, enteado, pais e irmãos" foi o motivo do indeferimento administrativo (DER 12/05/2008), conforme se constata do comunicado de fls.51.
(...)
A decisão monocrática de fls. 213/214, reformou a sentença, para dar provimento à apelação dos autores e condenar o INSS a conceder-lhes o benefício de pensão por morte, a partir da data do óbito, sob o argumento de que, ainda que o artigo 19, §2º, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei 9.528/97, não contemple mais o menor sob guarda na relação de dependentes, ele pode ser abrangido pela expressão "menor tutelado" constante do referido dispositivo, de modo que faz jus também ao benefício. Negado provimento ao Agravo legal.
(...)

II - DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA NO PRESENTE CASO
(...)
A decisão rescindenda violou expressa disposição de lei já que concede prestação previdenciária na condição de dependente fora das hipóteses legalmente previstas pelo art. 16 da Lei n. 8.213/91.
(...)
A pretensão autoral encontra óbice na modificação introduzida no § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 pela Medida Provisória nº 1.523 e, após, pela Lei 9.528/97.
(...)
Ressalte-se, por seu turno, que qualquer alegação no sentido de que o Estatuto da Criança e do Adolescente garante à criança e ao adolescente sob guarda direitos previdenciários (art. 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90) não merecem prosperar por três razões:
. *Lex posterior revogat priori*: a Lei nº 9.528/97 é mais atual que a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA).
. *Lex specialis derogat legi generali*: a guarda a que se refere o ECA é para fins civis, não abrangendo direitos previdenciários em face do novel diploma.
. O ECA tem força de mera lei ordinária, podendo ser modificado pelo legislador infraconstitucional.
Cumpre-nos destacar que não há que se cogitar quanto a esta terceira hipótese o Princípio do Não-Retrocesso Social. O jurista Jorge Miranda, ao discorrer sobre o tema, não confere ao preceito a conotação exagerada pugnada por alguns. O legislador ordinário pode diminuir garantias levadas a cabo em regulamentação de princípios constitucionais programáticos, não sendo possível, entretanto, suprimi-los totalmente. Acrescente-se a isto estar o legislativo vinculado ao preceito programático do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência, pode o legislador retirar determinadas categorias da qualidade de dependente, para conferir maior efetividade na prestação previdenciária prevista em favor de outras categorias sociais.
(...)
CONCLUSÃO
Restou plenamente demonstrado que a parte Autora não faz jus ao que pretende, já que a legislação em vigor desde 1996 (antes do óbito do segurado), não lhe confere qualquer direito, vez que o menor sob guarda não faz parte do elenco dos dependentes da Previdência Social. Conclui-se, assim, que não reuniu a parte autora as condições necessárias para o deferimento do pedido, devendo ser ratificado o posicionamento da Autarquia na via administrativa.
(...)
V - DOS PEDIDOS
Ante todo o exposto, requer-se:
a) a antecipação dos efeitos da tutela, em caráter excepcional, para o fim de suspender a execução a título de atrasados do benefício judicial concedido, do julgado proferido nos autos do processo nº 003308-57.2011.4.03.6105, que tramita na 8ª Vara Federal de Campinas/SP, até a final decisão da ação rescisória; e
b) seja a ação ora proposta julgada TOTALMENTE PROCEDENTE, para o fim de RESCINDIR o julgado anterior, prolatando-se nova decisão, com fiel observância dos dispositivos legais e constitucionais aqui apontados como violados, declarando-se a impossibilidade da concessão de pensão por morte a menor sob guarda, cujo óbito do pretendido instituidor tenha ocorrido após 11/10/1996, data da MP n. 1.523/96, convertida na Lei n. 9.528/97, indevidamente concedida pela decisão monocrática do TRF3.
(...).

Por tais motivos pretende a cumulação dos juízos *rescindens* e *rescisorium*, a par da dispensa do depósito do art. 968, inc. II, do CPC/2015.

Documentos, fls. 16-147.

Dispensado o depósito acima referido e indeferida a medida antecipatória (fls. 150-152).

Contestação com impugnação ao valor da causa (fls. 162-178).

Apresentado agravo interno pelo Instituto contra o *decisum* em voga (fls. 156-158).

Contrarrazões ao recurso em comento, nas quais "Requer-se, ainda, em caso de rejeição unanime do presente Agravo a aplicação da multa contida no §4º do artigo 1021 do NCPC".

Em 24.11.2016, a 3ª Seção desta Casa, à unanimidade, negou provimento ao agravo do ente público (fls. 223-231).

Determinado ao INSS se manifestasse acerca da contestação, inclusive quanto à irresignação sobre o valor da causa (fl. 236).

Réplica (fls. 237-244): "Os réus impugnaram o valor da causa. Sem razão. Nas ações rescisórias, o valor da causa não é o do proveito econômico porventura obtido pelo réu, mas o valor atualizado da causa originária, conforme precedentes da 3ª seção do TRF."

Despacho, cuja conclusão reproduzo (fls. 246-248):

> (...) Tendo sido arbitrado, como visto, o valor da causa primária em R$ 62.937,23 (sessenta e dois mil, novecentos e trinta e sete reais e vinte e três centavos) e o da actio rescisoria em R$ 1.000,00 (mil reais), evidente o descompasso de um para com o outro, ensejando a procedência da impugnação em exame.
> Por conseguinte, intime-se o ente público para que venha a adequar o valor da causa, segundo o estabelecido na presente decisão, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de indeferimento da inicial (art. 321, parágrafo único).
> Intimem-se. Publique-se.

Resposta do órgão previdenciário para estipular o valor da causa em R$ 92.585,88 (noventa e dois mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e oitenta e oito centavos) (fl. 250).

Vista à parte ré, e, *ad cautelam*, ao Ministério Público Federal (fl. 252).

Decurso de prazo para a parte ré se manifestar (fl. 253).

Parquet Federal (fls. 254-262): "improcedência da ação rescisória".

Saneador em que constou (fl. 268): "Consertado o valor da causa, sem qualquer irresignação, e havendo partes legítimas e representadas, dou o feito por saneado."

Razões finais somente da parte ré (fls. 269 e 271-282).

Ministério Público Federal (fl. 284):

> Tendo em vista que Vinícius Matheus de Jesus Caetano completou 18 anos em 10/03/2014 (fls. 40v) e que, portanto, não persiste interesse de incapaz a justificar a autuação do *Parquet* quanto ao mérito da lide, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo prosseguimento do feito sem a sua intervenção.

Trânsito em julgado: 13.07.2015 (fl. 146).

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Cuida-se de demanda rescisória do INSS, ajuizada com fulcro no art. 966, inc. V, do Código de Processo Civil/2015, contra pronunciamento da 7ª Turma desta Corte, de negativa de provimento a agravo que interpôs para atacar decisão que, reformando sentença de improcedência do pedido, deferiu pensão por morte do bisavô materno.

1 - ART. 966, INC. V, CPC/2015

Sobre o inc. V do art. 966 do Caderno de Processo Civil de 2015, a doutrina faz conhecer que somente ofensa literal a dispositivo de lei configura sua ocorrência; ou, ainda, que se viola a norma não apenas quando se nega sua vigência, mas, igualmente, no momento em que se decide de forma inteiramente contrária ao que prescreve a regra teoricamente afrontada. (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 40ª ed., volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 608-609; BARIONI, Rodrigo. Ação Rescisória e Recursos para os Tribunais Superiores, Coordenação Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106-107)

Explicitamos, outrossim, a provisão censurada para fins didáticos (fls. 130 verso-131):

> Trata-se de ação previdenciária ajuizada por BRUNA DE JESUS SILVA e VINICIUS MATHEUS DE JESUS CAETANO, representados por sua genitora, ANA MARIA DE JESUS DA SILVA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte, decorrente do óbito de seu bisavô materno.
> A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenado a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, ressalvando-se, contudo, a concessão da Justiça Gratuita.
> O autor interpôs apelação, alegando que preenche os requisitos para a concessão do benefício de pensão por morte.
> Sem as contrarrazões, subiram os autos a esta E.Corte.
> O Órgão do Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso da parte autora.
> É o sucinto relatório. Passo a decidir.
> A matéria discutida nos autos comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.
> *Objetiva a autora o benefício da Pensão por Morte em decorrência do falecimento de seu bisavô JOSÉ MIRANDA, ocorrido em 30/04/2008, conforme certidão de óbito acostada às fls. 24.*
> Para a obtenção do benefício da pensão por morte, faz-se necessário a presença de dois requisitos: qualidade de segurado e condição de dependência.
> *No que tange à qualidade de segurado, cumpre observar que o* de cujus era beneficiário de aposentadoria por idade desde 01/09/1990 até a data do óbito, conforme extrato do sistema CNIS/DATAPREV (fls. 66). Logo, resta comprovada a qualidade de segurado do falecido, nos termos do artigo 15, inciso I, da Lei nº 8.213/91.
> *Em relação à dependência econômica, observa-se que os autores se encontravam sob a guarda judicial do segurado falecido, consoante comprova a certidão de fls. 25 dos autos. Restou, ainda, corroborada a dependência econômica da parte autora em relação ao falecido pela prova testemunhal produzida nos autos (fls. 148/149). Com isso, ainda que o artigo 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97, não contemple mais o menor sob guarda na relação de dependentes, ele pode ser abrangido pela expressão "menor tutelado" constante do referido dispositivo, de modo que faz jus também ao benefício.* Nesse sentido, os seguintes julgados: AC 1596149, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 21.05.2013,

> DJF3 29.05.2013; APELREEX nº 770822, Rel. Juiz Fed. Conv. Nilson Lopes, 10ª Turma, j. 18.12.2012, DJF3 09.01.2013; AC nº 1293531, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, 8ª Turma, j. 15.10.2012, DJF3 26.10.2012; AC 1203841, Rel. Juiz Fed. Conv. Leonel Ferreira, 7ª Turma, j. 08.10.2012, DJF3 17.10.2012; AI 477107, Rel. Juiz Fed. Conv. Carlos Francisco, 7ª Turma, j. 13.08.2012, 22.08.2012; AC nº 1088219, Rel. Juiz Conv. Fernando Gonçalves, 7ª Turma, j. 16.02.2012, DJF3 08.03.2012; AC nº 2003.61.09.003452-3, Rel. Des. Fed. Leide Polo, 7ª Turma, j. 14.03.2011, DJF3 18.03.2011.
> Assim, entendo que restou demonstrada a dependência econômica da parte autora em relação ao seu falecido bisavô e guardião, sendo-lhe devido o benefício de pensão por morte, a partir da data do óbito (30/04/2008), tendo em vista que não corre a prescrição contra menores, nos termos do disposto no art. 198, I, do Código Civil.
> As parcelas vencidas deverão ser atualizadas monetariamente na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, ainda, de acordo com a Súmula nº 148 do STJ e nº 08 desta Corte.
> Quanto aos juros moratórios, incidem à taxa de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do disposto no art. 406 do Código Civil e no art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado no art. 5º da Lei nº 11.960/2009. Acresça-se que a fluência respectiva dar-se-á de forma decrescente, a partir da citação, termo inicial da mora autárquica (art. 219 do CPC), até a data de elaboração da conta de liquidação.
> Por fim, tendo em vista a inversão do ônus da sucumbência, condeno o INSS ao pagamento de honorários de advogado no percentual de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante entendimento firmado por esta Turma e em observância ao disposto no art. 20, §3º, do Código de Processo Civil e no enunciado da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.
> Ante o exposto, nos termos do art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO à apelação do autor, nos termos acima expostos.
> Independentemente do trânsito em julgado, determino, com fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil, a expedição de email ao INSS, instruído com os documentos dos beneficiários BRUNA DE JESUS SILVA e VINICIUS MATHEUS DE JESUS CAETANO para que cumpra a obrigação de fazer consistente na imediata implantação do beneficio de pensão por morte, com data de início - DIB em 30/04/2008 (data do óbito), e renda mensal a ser calculada de acordo com a legislação vigente.
> Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.
> Intimem-se. (g. n.)

No nosso modo de pensar, e com a *venia* dos eminentes pares que vierem a compreender a questão de forma diversa da nossa, não se evidencia, no caso dos autos, violação de dispositivo de lei.

Entendemos que razões favorecem a parte ré em duas frentes: primeiramente, aplicação do *principio da vedação de retrocesso em direitos sociais* e o argumento da analogia *legis*.

1.1 - PROIBIÇÃO DO RETROCESSO EM DIREITOS SOCIAIS

Esse é um dos temas mais atuais e interessantes no capítulo dos Direitos Fundamentais.

Vejamos, rapidamente, a lúcida observação que faz Ingo Wolfgang Sarlet, acerca da aplicação do Principio da Proibição do *retrocesso*:

> Que a proteção da confiança e a segurança jurídica de modo geral não se limitam às dimensões aqui exemplificativa e sumariamente referidas já foi devidamente anunciado. O que importa consignar, nesta quadra, é a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em

> causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa - pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar - uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido "batizada" pela doutrina - entre outros termos utilizados - como proibição (ou vedação) de *retrocesso* e aproximamo-nos ainda mais do cerne do nosso estudo.

Percebe-se que mesmo que não retroativas, medidas legislativas com caráter prospectivo (já que alcançam situações futuras, como na hipótese das obrigações sociais de PAS ainda por vencer) podem significar *retrocesso* em termos de justas expectativas criadas pelo legislador sobre direitos públicos subjetivos.

Um dos mais importantes juristas do século XX, Ronald Dworkin, sustenta que o Direito em muito se assemelha à Literatura. Como a Literatura, o Direito seria uma espécie de "romance em cadeia", uma obra escrita a muitas mãos. Cada juiz, cada tribunal, estaria participando desse esforço coletivo, escrevendo capítulos sucessivos nessa empreitada normativa. Obras literárias possuem valor quando à história que narram podemos atribuir um sentido, um valor que confere qualidade ao texto. A imersão na narrativa que nos faz ver coisas que antes não víamos, ou sentir algo que nos faz, de alguma maneira, diferentes, às vezes melhor.

Usando essa analogia literária de Dworkin, podemos ver o subsistema dos Direitos Fundamentais como uma obra histórica coletiva, que vem se ampliando ao longo do mundo moderno, e ao qual podemos atribuir um sentido ao ler a história de sua caminhada dos Direitos Naturais, passando aos Direitos Morais não positivados e chegando hoje aos Direitos Fundamentais com foro de dignidade constitucional com plena e séria eficácia. Destarte, um dos sentidos que podemos, sem receio de exagerar, perceber nesse tema é da constante ampliação dos *Direitos Fundamentais*. Partiram desde a 1ª Dimensão (liberdades formais), passando por sucessivas dimensões que incorporaram direitos sociais e até direitos transindividuais e transnacionais. Assim, voltando às semelhanças entre o Direito e a Literatura, vemos como uma *má interpretação* dessa história admitir-se a retirada do mundo jurídico de direitos que são frutos de concretizações legislativas de Direitos Fundamentais. Essa história é ascendente, não descendente. Tem sentido de ampliação, não de restrição ou supressão.

Pois bem.

Recuperemos alguns capítulos da historia recente dos Direitos Fundamentais de natureza Social, na leitura de nossa Suprema Corte. Com isso talvez possamos alcançar a direção a seguir, na intelecção do principio de vedação ao *retrocesso* em Direitos Sociais. Veremos dois casos, que se reportam a inúmeros com a mesma natureza.

Direitos dos Necessitados à Defensoria Publica.

> EMENTA: Defensoria Pública. Direito das pessoas necessitadas ao atendimento integral, na Comarca em que residem, pela Defensoria Pública. Prerrogativa fundamental comprometida por razões administrativas que impõem, às pessoas carentes, no caso, a necessidade de custoso deslocamento para comarca próxima onde a Defensoria Pública se acha mais bem estruturada. Ônus financeiro, resultante desse deslocamento, que não pode, nem deve, ser suportado pela população desassistida.

> Imprescindibilidade de o Estado prover a Defensoria Pública local com melhor estrutura administrativa. Medida que se impõe para conferir efetividade à cláusula constitucional inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, da Lei Fundamental da República. Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas. Situação constitucionalmente intolerável. O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do "direito a ter direitos" como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias.
> Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134). Legitimidade dessa atuação dos Juízes e Tribunais. O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. A teoria da "restrição das restrições" (ou da "limitação das limitações"). Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de *retrocesso* social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso).
> Doutrina. Precedentes. A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa instituição da República. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Gostaria de destacar o seguinte trecho desse notável voto:

> Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o arbitrário, ilegítimo e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004), a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da "reserva do possível", considerada, para tanto, a teoria das "restrições das restrições", segundo a qual - consoante observa LUÍS FERNANDO SGARBOSSA ("Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos", vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) - as limitações a direitos fundamentais, como o de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de *retrocesso* social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso.

É interessante notar que neste caso não se havia implementado e/ou se efetivado integralmente o Direito. Sob a perspectiva hermenêutica anterior, poder-se-ia, de forma conservadora, considerar a norma como de "eficácia programática" e com isso esvaziar de força normativa a norma constitucional. O STF deu plena eficácia ao preceito, como vimos no destaque, e foi claro em entender que haveria *retrocesso* abominável caso a norma remanescesse inerte no texto da Lei Maior.

Dever Estatal de Assistência Materno-Infantil

> EMENTA: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS. DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL. OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796). A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO. A TEORIA DA "RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES" (OU DA "LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES"). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS (CF, ART. 227). A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE *RETROCESSO* SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROIBIÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO). DOUTRINA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220). POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO. EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III). A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO "DEFENSOR DO POVO" (CF, ART. 129, II). DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.

Nesse acórdão a Suprema Corte foi bastante explicita quanto ao alcance do principio em questão. Vejamos o seguinte trecho do voto:

> Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado no caso ora em julgamento. Refiro-me ao princípio da proibição do *retrocesso*, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, "Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais", 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, "Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 40, 2002, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor,; INGO W. SARLET, "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988", "in" Revista Público, p. 99, n. 12, 2001). Na realidade, a cláusula que proíbe o *retrocesso* em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira

> dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese - de todo inocorrente na espécie - em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Vale dizer, admite-se a revogação de leis instituidoras de Direitos Sociais, desde que se mantenha, ou seja criado um - para usar uma linguagem da teoria dos sistemas - "equivalente funcional", um instituto que mantenha a vantagem, o beneficio que auferia o titular do direito extinto (como exemplo lembramos a substituição da estabilidade no emprego pelo regime de FGTS). Sem políticas compensatórias (equivalentes funcionais) proíbe-se a retirada de direitos conferidos pela lei ao concretizar o principio constitucional da Igualdade e da Justiça Social.

1.2 ANALOGIA LEGIS EM FAVOR DO MENOR SOB GUARDA

A então parte autora pretendeu a concessão de pensão por morte do bisavô, José Miranda, ocorrida em 30.04.2008 (fl. 38 verso).

No tocante à pensão por morte, a norma de regência do benefício observa a data do óbito, porquanto é o momento em que devem estar presentes todas condições necessárias e o dependente adquire o direito à prestação. O art. 74 da Lei 8.213/91 disciplina-a nos seguintes termos:

> Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:
> I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;
> II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
> III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

São, pois, seus requisitos: a relação de dependência do(a) pretendente para com o *de cujus* e a qualidade deste de segurado da Previdência Social, o último, satisfeito de maneira inconteste.

Quanto à relação de dependência, resenha o art. 16 da Lei 8.213/91:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
> II - os pais;
> III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
> § 1º. A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.
> § 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.
> § 3º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.
> § 4º. A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Entrementes, o § 2º do dispositivo legal em evidência, originariamente, dispunha que: "§ 2º. Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o

enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação."

Ao compararmos as duas redações (a originaria e a modificada pela MP 1.523/96) iremos notar que não houve mera supressão da expressão "o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda", o que, caso houvesse, poderia evidenciar o desejo do legislador em retirar do rol dos dependentes do segurado o menor sob guarda. Houve nova redação de todo o paragrafo 2º, v. g., "o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento".

Nota-se que o fundamento jurídico para a proteção tanto do enteado quanto do menor tutelado é a existência de dependência econômica em relação ao segurado. Ou seja, deve ser clara a relação de dependência econômica do menor e o reconhecimento por declaração do segurado desse vínculo nos órgãos do INSS.

Como a nova redação do paragrafo 2º não contemplou o menor sob guarda com a explícita proteção previdenciária que recebe o enteado e o tutelado, razoável *que se indague se subsiste o status de dependente do segurado ao menor que estivesse por ocasião do óbito sob sua guarda*.

Nesse passo, como vimos, o critério interpretativo linguístico (modalidade gramatical) pouco ajuda. Apenas estampa a lacuna do texto legal em relação ao ponto, já que - insistimos - não houve mera retirada do menor sob guarda entre aqueles menores protegidos, mas redefiniçao do texto do dispositivo, o que convida o intérprete a indagar da presença do menor sob guarda como equiparado a filho dependente. Os argumentos sistemático e teleológico nos ajudarão, pois nos levarão a colmatar essa lacuna mercê da analogia legis. Nesse sentido, vejamos interessantes anotações do renomado jurista espanhol García Amado:

> (...)
> El argumento literal vale, precisamente, para delimitar cuáles son las interpretaciones posibles de un término o expresión normativa, no para justificar la elección de una de ellas, si son varias. El argumento literal enmarca la interpretación, delimita el campo de juego de la interpretación, pero no resuelve la opción interpretativa, salvo si se trata de términos o expresiones con significado inequívoco o cuando el caso que se resuelve se inserta dentro del núcleo de significado de la norma o fuera de toda referencia posible de los términos y expresiones de esa norma. Revisemos todo esto con mayor detenimiento.
> (...)
> Las doctrinas iuspositivistas de la interpretación entienden que lo que con el argumento literal se marca es un límite irrebasable para la atribuición de significado a una norma por el intérprete. Ese límite se deriva de las reglas de la semántica, la sintaxis y el uso actual del idioma. Con el argumento literal señalamos cuales son las interpretaciones posibles y delimitamos los significados entre los que el intérprete puede y debe escoger, sentando que no puede atribuir a la norma otro que resulte incompatible con la semántica o la sintaxis de los términos y enunciados de esa norma. Es decir, que aunque haya, por ejemplo, muy buenas razones finalísticas o de justicia o de defensa de algún valor moral para atribuirle a un león la condición de pájaro, si la norma dice "pájaros" no puede en modo alguno estar refiriéndose a leones y no se interpreta ni se aplica esa norma cuando el tratamiento que ella prevé para los pájaros se estiende a los leones. Si, por ejemplo, la norma dice que "Los pájaros y únicamente los pájaros están prohibidos en los zoológicos", tal norma estaría excluyendo la prohibición para otros animales, para los que no sean pájaros. Aplicar la prohibición a los leones sería iucurrir en una decisión contra legem y al decidir así no se habría interpretado la norma

> mencionada, sino que el aplicador habría creado otra contraria a aquella.
> Las doctrinas iusmoralistas de la interpretación convierten el argumento de interpretación literal en um criterio más; o sea, en una de las referencias o pautas que el intérprete puede utilizar para atribuir contenido a un enunciado normativo, pero sólo uno más. Quiere decirse que también llaman interpretación a aquella asignación de significado a una norma para un caso en la que no se respeten los límites de la semántica, la sintaxis o el uso presente del término o expresión en cuestión. Que si, por ejemplo, el intérprete entiende que a efectos de esa norma y de las consecuencias que prevé, un león también es un pájaro, habría realizado igualmente una interpretación y la solución de ella derivada será correcta si la avala la justicia. Para los iusmoralistas, la regla suprema de la interpretación y aplicación del Derecho es la que impone el logro de la justicia para el caso o, al menos, la evitación de la injusticia grave para el asunto de que se trate. (GARCÍA AMADO, Juan Antonio, Razonamiento Jurídico Y Argumentación, Nociones Introductorias, EOLAS ediciones, 2013, p. 131 e 134-135)

Os argumentos teleológico e sistemático prevalecem diante de intelecção literal.

O olhar constitucional já nos revela a determinação ao legislador para que em sua atividade normativa busque a proteção do menor (CF, art. 227). Positiva-se esse valor com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/90).

O argumento sistemático exige que a leitura do art. 16 da Lei 8.213/91 - notadamente seu paragrafo segundo - seja feita em harmonia com paragrafo terceiro do art. 33 do ECA, que dispõe:

> Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.
> (...)
> § 3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.
> (...).

Diríamos que a redação atual do art. 16 sofre de lacuna axiológica, por não fazer menção expressa ao "menor sob guarda". Essa lacuna é preenchida pela interpretação em consonância com a regra do ECA, e com isso temos que a norma protetora finda por dar assistência previdenciária ao menor seja qual for seu "status" jurídico. Com isso temos uma norma jurídica criada a partir de construção de sentido em dois textos de lei. Essa norma possui o seguinte alcance semântico, que finda por proteger: filho reconhecido (voluntária ou judicialmente), menor sob tutela, menor enteado e menor sob guarda. O que importa é, caracterizada a situação de dependência do infante, como no caso dos autos, seja ele protegido pelas normas previdenciárias.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça fixou, em sede de Recurso Especial Representativo da Controvérsia (art. 543-C, CPC/2015), orientação no sentido da que presentemente expressamos, *in litteris*:

> DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227

DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO.

1. A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, dentre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

2. Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente da mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário.

3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

4. A alteração do art. 16, § 2º da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.

5. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015.

6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.

7. Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração,

violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput* da Carta Magna).
8. Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. *In casu*, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 3º), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva.
9. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, § 3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (8.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
10. Recurso Especial do INSS desprovido.
(1ª Seção, REsp 1.411.258/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v. u., DJe 21.02.2018, Tema: 732)

Ainda:

AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC DE 1973. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. EXISTÊNCIA DE OUTROS DEPENDENTES DE MESMA CLASSE. LITISCONSORTES NECESSÁRIOS (ART. 47 DO CPC DE 1973). VIOLAÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA NÃO OBJETO DA DECISÃO RESCINDENDA. PENSÃO POR MORTE CONCEDIDA A MENOR SOB GUARDA. MATÉRIA CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.
1 - Verifica-se que a r. sentença enfrentou todas as alegações trazidas pelas partes, concluindo pela procedência do pedido de concessão do benefício de pensão por morte. Ocorre que, somente após o trânsito em julgado da r. sentença, verificou-se que o filho do de cujus, Luiz Fernando Batistuti G. de Carvalho obteve administrativamente o benefício de pensão por morte desde 02/03/2009.
2 - Tendo em vista que o Sr. Luis Fernando Batistuti G. de Carvalho era beneficiário da pensão por morte decorrente do óbito de Defino Galdino de Carvalho, a princípio, deveria ter integrado a lide originária na condição de litisconsórcio passivo necessário, visto que a procedência do pedido da parte ré traria reflexos no seu benefício, nos termos do que dispunha o artigo 47 do Código de Processo Civil de 1973 (vigente à época do ajuizamento da ação originária). Contudo, no presente caso, não há que se falar em violação ao artigo 47 do CPC de 1973, pois em nenhum momento na ação subjacente foi mencionado pelo INSS acerca da existência de outro dependente do falecido, beneficiário de pensão por morte, não obstante a própria Autarquia ter concedido o referido benefício em 02/03/2009.
3 - Conclui-se que a ausência de citação do litisconsorte necessário foi causada pelo próprio INSS, ao deixar de informar ao Juízo sobre a concessão da pensão por morte ao outro herdeiro habilitado, dado sobre o qual tinha inequívoca ciência, conforme se infere dos extratos do sistema CNIS/DATAPREV. Desse modo, não pode o INSS pretender beneficiar-se da sua própria conduta omissa para anular o julgado e prejudicar a ré, que de boa-fé ajuizou ação objetivando a concessão do benefício de pensão por morte.
4 - *In casu*, o v. acórdão rescindendo reconheceu o direito à concessão do benefício postulado pela parte ré, única e exclusivamente porque entendeu que, não obstante o menor sob guarda ter sido excluído do rol de dependentes do segurado da Previdência Social, com a nova redação

> dada ao artigo 16, §2º, da Lei nº 8.213/1991 pela Lei nº 9.528/1997, a sua situação se assemelha à do filho, tutelado e enteado, aos quais é assegurado o direito à pensão por morte. Aliás, tal entendimento encontra respaldo em farta jurisprudência do C. STJ.
> 5 - Não padece de ilegalidade a decisão que, baseada na análise do conjunto probatório e na persuasão racional do julgador, conclui pela satisfação das condições necessárias à concessão do benefício de pensão por morte. Cumpre observar que o entendimento é lastreado em ampla jurisprudência, a resultar na constatação de que se atribuiu à lei interpretação razoável. Ademais, como já decidido reiteradamente pela egrégia Terceira Seção desta Corte, a discussão sobre o reconhecimento do menor sob guarda como dependente para fins de pensão por morte esbarra na Súmula 343/STF, que estatui que "não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".
> 6 - Ação Rescisória improcedente.
> (TRF - 3ª Região, 3ª Seção, AR 7650, proc. 0029368-83.2010.4.03.0000, rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, v. u., e-DJF3 03.04.2017)

Outrossim, observamos que a norma de regência da pensão por morte corresponde à ocasião do passamento, momento este em que devem estar presentes todas condições necessárias e o dependente adquire o direito à prestação.

A propósito, a Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça:

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

É certo que o óbito ocorreu em 30.04.2008, conforme certidão de fl. 38 verso.

Referentemente à qualidade de segurado obrigatório do sistema previdenciário, restou provada, a teor do documento de fl. 51, segundo o qual o *de cujus* era beneficiário de aposentadoria por idade, desde 01.09.1990, situação que perdurou até a morte.

Sobre a dependência econômica, no específico caso dos autos, notamos, às fls. 74-75, sentença do Juízo de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Campinas, São Paulo, prolatada no processo nº 1.675/02 (de 14.07.2003), de que:

> VISTOS. ETC.
> JOSÉ MIRANDA formulou o presente pedido de concessão de GUARDA JUDICIAL de seus bisnetos Bruna de Jesus da Silva e Vinicius Matheus de Jesus Caetano, alegando, em síntese, que este últimos são filhos de sua filha Ana Maria de Jesus da Silva, residindo todos em sua residência já de longa data, sendo ele o responsável pelo sustento de toda a prole.
> Todavia, necessita ele regularizar oficialmente tal situação porque, sendo aposentado e recebendo os benefícios da previdência social, deseja obter a guarda judicial dos menores a fim de poder incluí-los como seus dependentes perante o INSS.
> Em anexo à inicial foram juntados os documentos de fls. 05/17.
> Por solicitação do Digno Órgão do Ministério Público (fls. 19), foi providenciada a realização de estudo social junto à família do autor, estando os resultados consubstanciados no laudo de fls. 34/37.
> Em sua douta manifestação de fls. 41/43, o Digno Órgão do Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido.
> É o relatório.
> FUNDAMENTO e DECIDO.
> O pedido merece ser acolhido.

> *Com efeito, o laudo psicossocial de fls. 41/43 demonstrou que os menores se encontram bem integrados na residência e no cotidiano do bisavô materno, que lhes provê adequadamente o sustento e a educação.*
> Por sua vez, os pais biológicos das crianças não se opuseram ao pleito deduzido na inicial, uma vez que declararam por escrito que concordam plenamente que a guarda dos infantes seja confiada ao ascendente em questão, conforme se vê pelo teor dos documentos de fls. 12 e 13.
> Ante o exposto, DEFIRO o pedido constante da inicial, e o faço para determinar que a guarda dos menores Bruna de Jesus da Silva e Vinicius Matheus de Jesus Caetano seja confiada por prazo indeterminado ao bisavô materno José Miranda para todos os fins e efeitos de direito, notadamente os de cunho previdenciário, a fim de que eles possam ser incluídos como seus dependentes perante o INSS e passem a receber os benefícios previdenciários a que fizerem jus, nos expressos termos do artigo 33, parágrafo 2º, da Lei nº 8.069/90 (ECA). (g. n.)

Já à fl. 76 verso, encontramos "Termo de Guarda Definitiva", este confeccionado em 29.09.2003, portanto quase cinco anos antes do falecimento do bisavô da parte ré.

Salientamos, ainda, que foram ouvidas duas testemunhas acerca da condição dos réus de dependentes.

Vera Lúcia Aparecida Pinheiro afirmou que (fl. 98):

> conheceu os autores bem como o bisavô Jose Miranda há mais de dez anos, freqüentando a mesma igreja evangélica no Bairro Jardim São Francisco. Disse que os bisnetos moravam com o Sr. Jose Miranda, que os levava para todos os lugares e deles cuidava, sempre com carinho e dedicação, referindo-se a eles como filhos.

Gilson Aparecido Alves asseverou que (fl. 98 verso):

> que conheceu Bruna e Vinícius há muito tempo, quando ainda era (sic) crianças e freqüentavam a mesma igreja, Quadrangular, no Jardim São Fernando. Que na época Vinícius era de colo, mas ali comparecia na companhia de Jose Miranda, juntamente com Bruna. Pelo que sabe, os autores residiam com Jose Miranda, que os levava à igreja, à escola e deles cuidava como se filhos fossem. Não conheceu o pai e quanto à mãe, sabe que houve problema de saúde, sem, contudo conhecer os detalhes. Que não época (sic), somente Jose Miranda cuidava deles.

O fato de Walter Domingos da Silva, pai de Bruna de Jesus da Silva (fl. 40), possuir vínculos empregatícios, consoante "CNIS" de fl. 59, aparentemente juntado pela autarquia federal quando da apresentação da sua contestação no processo primigênio, não nos impressiona.

Os testigos esclareceram que os menores residiam com o bisavô, que deles cuidava como se filhos fossem.

Gilson Aparecido foi ainda mais contundente ao informar, de maneira taxativa, que "não conheceu o pai".

Sob outro aspecto, a circunstância - execução de labuta - não implica, necessariamente, qualquer contribuição para com a filha, seja afetiva ou economicamente, o mesmo valendo para o genitor de Vinicius Matheus de Jesus Caetano, não existindo, aliás, qualquer prova nesse sentido no vertente pleito.

Quanto à mãe de Bruna e de Vinícius, à época da defunção do instituidor (bisavô), como visto, ocorrida em 30.04.2008, estava a perceber R$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais), de acordo com pesquisa "CNIS - Extrato Previdenciário", de 29.05.2018, "Nit: 1.241.057.829-4",

isto é, um salário mínimo (Lei 11.709/08), não havendo, uma vez mais, evidências de que se encontrava a prover os descendentes com o que auferia.

CONCLUSÃO

Em síntese: tanto o argumento de proibição no retrocesso em direitos sociais quanto o argumento hermenêutico (uso da analogia e de interpretação teleológico/sistemática) apontam em uma direção firme: reconhecida a dependência econômica de menor sob guarda em relação a ex-segurado, como no caso *sub judice*, faz o infante jus ao reconhecimento de seu direito à pensão por morte.

Finalmente, no que concerne à condenação da autarquia federal na multa do § 4º do art. 1.021 do Estatuto de Ritos de 2015, não considero a medida razoável.

Não é desconhecido o fato de que o tema em epígrafe, concessão de pensão por morte a menor sob guarda, até bem pouco tempo atrás, não era pacífico, inclusive na 3ª Seção.

Lembro, *ad exemplum*, os Embargos Infringentes 1449883, proc. 0002634-70.2007.4.03.6121, de minha Relatoria, decididos em 02.06.2016, por maioria de votos.

Sob outro aspecto, o ente previdenciário, referentemente aos bens que lhe são tutelados - indisponíveis -, não goza de discricionariedade, sendo dever de ofício recorrer das decisões que lhes são desfavoráveis, com vistas à salvaguarda do direito da coletividade.

Para além, impor-lhe a multa em testilha implica onerar o erário, que, ao contrário, deve ser protegido para o bem de todo sistema da seguridade social.

3 - DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto no sentido de julgar improcedente o pedido formulado na ação rescisória. Condenada a autarquia federal na verba honorária advocatícia de R$ 1.000,00 (mil reais). Custas e despesas *ex vi legis*.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO:

Trata-se de ação rescisória proposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face de BRUNA DE JESUS SILVA e VINICIUS MATHEUS DE JESUS CAETANO, com fundamento no artigo 485, V, do CPC/73, objetivando desconstituir acórdão proferido pela 7ª Turma deste e. Tribunal, a fim de que seja julgado improcedente o pleito de concessão de pensão decorrente do óbito de seu avô, a quem sua guarda lhe havia sido atribuída. Requereu, ainda, a condenação dos réus na devolução dos valores recebidos por força do julgado rescindendo.

Alegou violação à literal disposição do artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, com a alteração imposta pela Lei nº 9.528/97, que deixou de prever no rol de dependentes do segurado os menores sob guarda. Aduziu que, "na guarda, os pais do menor estão vivos e em pleno exercício do pátrio poder", remanescendo a dependência em relação a seus pais no caso de falecimento de seus guardiões.

Em seu voto, apresentado na sessão de 14.06.2018, o digníssimo Relator, Desembargador Federal David Dantas, em juízo rescindendo, julgou improcedente o pedido formulado nesta ação rescisória (fls. 299-308), nos seguintes termos:

[...] No nosso modo de pensar, e com a venia dos eminentes pares que vierem a compreender a questão de forma diversa da nossa, não se evidencia, no caso dos autos, violação de dispositivo de lei.
Entendemos que razões favorecem a parte ré em duas frentes: primeiramente, aplicação do principio da vedação de retrocesso em direitos sociais e o argumento da analogia legis. [...]
Vale dizer, admite-se a revogação de leis instituidoras de Direitos Sociais, desde que se mantenha, ou seja criado um - para usar uma linguagem da teoria dos sistemas - "equivalente funcional", um instituto que mantenha a vantagem, o beneficio que auferia o titular do direito extinto (como exemplo lembramos a substituição da estabilidade no emprego pelo regime de FGTS). Sem políticas compensatórias (equivalentes funcionais) proíbe-se a retirada de direitos conferidos pela lei ao concretizar o principio constitucional da Igualdade e da Justiça Social. [...]
Entrementes, o § 2º do dispositivo legal em evidência [art. 16 da Lei 8.213/91], originariamente, dispunha que: "§ 2º. Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação."
Ao compararmos as duas redações (a originaria e a modificada pela MP 1.523/96) iremos notar que não houve mera supressão da expressão "o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda", o que, caso houvesse, poderia evidenciar o desejo do legislador em retirar do rol dos dependentes do segurado o menor sob guarda. Houve nova redação de todo o paragrafo 2º, v. g., "o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento".
Nota-se que o fundamento jurídico para a proteção tanto do enteado quanto do menor tutelado é a existência de dependência econômica em relação ao segurado. Ou seja, deve ser clara a relação de dependência econômica do menor e o reconhecimento por declaração do segurado desse vínculo nos órgãos do INSS.
Como a nova redação do paragrafo 2º não contemplou o menor sob guarda com a explícita proteção previdenciária que recebe o enteado e o tutelado, razoável que se indague se subsiste o status de dependente do segurado ao menor que estivesse por ocasião do óbito sob sua guarda.
Nesse passo, como vimos, o critério interpretativo linguístico (modalidade gramatical) pouco ajuda. Apenas estampa a lacuna do texto legal em relação ao ponto, já que - insistimos - não houve mera retirada do menor sob guarda entre aqueles menores protegidos, mas redefiniçao do texto do dispositivo, o que convida o intérprete a indagar da presença do menor sob guarda como equiparado a filho dependente. Os argumentos sistemático e teleológico nos ajudarão, pois nos levarão a colmatar essa lacuna mercê da analogia legis. [...]
Os argumentos teleológico e sistemático prevalecem diante de intelecção literal.
O olhar constitucional já nos revela a determinação ao legislador para que em sua atividade normativa busque a proteção do menor (CF, art. 227). Positiva-se esse valor com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/90).
O argumento sistemático exige que a leitura do art. 16 da Lei 8.213/91 - notadamente seu paragrafo segundo - seja feita em harmonia com paragrafo terceiro do art. 33 do ECA [...]
Diríamos que a redação atual do art. 16 sofre de lacuna axiológica, por não fazer menção expressa ao "menor sob guarda". Essa lacuna é preenchida pela interpretação em consonância com a regra do ECA, e com isso temos que a norma protetora finda por dar assistência previdenciária ao menor seja qual for seu "status" jurídico. Com isso temos uma norma jurídica criada a partir de construção de sentido em dois textos de lei. Essa norma possui o seguinte alcance semântico, que finda por proteger: filho reconhecido (voluntária ou judicialmente), menor sob tutela, menor enteado e menor sob guarda. O que importa é, caracterizada a situação de dependência do infante, como no caso dos autos, seja ele protegido pelas normas previdenciárias.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça fixou, em sede de Recurso Especial Representativo da Controvérsia (art. 543-C, CPC/2015), orientação no sentido da que presentemente expressamos [...]
É certo que o óbito ocorreu em 30.04.2008, conforme certidão de fl. 38 verso.
Referentemente à qualidade de segurado obrigatório do sistema previdenciário, restou provada, a teor do documento de fl. 51, segundo o qual o de cujus era beneficiário de aposentadoria por idade, desde 01.09.1990, situação que perdurou até a morte.
Sobre a dependência econômica, no específico caso dos autos, notamos, às fls. 74-75, sentença do Juízo de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Campinas, São Paulo, prolatada no processo nº 1.675/02 (de 14.07.2003), de que:
"VISTOS. ETC.
JOSÉ MIRANDA formulou o presente pedido de concessão de GUARDA JUDICIAL de seus bisnetos Bruna de Jesus da Silva e Vinicius Matheus de Jesus Caetano, alegando, em síntese, que este últimos são filhos de sua filha Ana Maria de Jesus da Silva, residindo todos em sua residência já de longa data, sendo ele o responsável pelo sustento de toda a prole.
Todavia, necessita ele regularizar oficialmente tal situação porque, sendo aposentado e recebendo os benefícios da previdência social, deseja obter a guarda judicial dos menores a fim de poder incluí-los como seus dependentes perante o INSS.
Em anexo à inicial foram juntados os documentos de fls. 05/17.
Por solicitação do Digno Órgão do Ministério Público (fls. 19), foi providenciada a realização de estudo social junto à família do autor, estando os resultados consubstanciados no laudo de fls. 34/37.
Em sua douta manifestação de fls. 41/43, o Digno Órgão do Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido.
É o relatório.
FUNDAMENTO e DECIDO.
O pedido merece ser acolhido.
Com efeito, o laudo psicossocial de fls. 41/43 demonstrou que os menores se encontram bem integrados na residência e no cotidiano do bisavô materno, que lhes provê adequadamente o sustento e a educação.
Por sua vez, os pais biológicos das crianças não se opuseram ao pleito deduzido na inicial, uma vez que declararam por escrito que concordam plenamente que a guarda dos infantes seja confiada ao ascendente em questão, conforme se vê pelo teor dos documentos de fls. 12 e 13.
Ante o exposto, DEFIRO o pedido constante da inicial, e o faço para determinar que a guarda dos menores Bruna de Jesus da Silva e Vinicius Matheus de Jesus Caetano seja confiada por prazo indeterminado ao bisavô materno José Miranda para todos os fins e efeitos de direito, notadamente os de cunho previdenciário, a fim de que eles possam ser incluídos como seus dependentes perante o INSS e passem a receber os benefícios previdenciários a que fizerem jus, nos expressos termos do artigo 33, parágrafo 2º, da Lei nº 8.069/90 (ECA)." (g. n.)
Já à fl. 76 verso, encontramos "Termo de Guarda Definitiva", este confeccionado em 29.09.2003, portanto quase cinco anos antes do falecimento do bisavô da parte ré.
Salientamos, ainda, que foram ouvidas duas testemunhas acerca da condição dos réus de dependentes.
Vera Lúcia Aparecida Pinheiro afirmou que (fl. 98):
"conheceu os autores bem como o bisavô Jose Miranda há mais de dez anos, freqüentando a mesma igreja evangélica no Bairro Jardim São Francisco. Disse que os bisnetos moravam com o Sr. Jose Miranda, que os levava para todos os lugares e deles cuidava, sempre com carinho e dedicação, referindo-se a eles como filhos."
Gilson Aparecido Alves asseverou que (fl. 98 verso):
"que conheceu Bruna e Vinícius há muito tempo, quando ainda era (sic) crianças e freqüentavam a mesma igreja, Quadrangular, no Jardim São Fernando. Que na época Vinícius era de

> colo, mas ali comparecia na companhia de Jose Miranda, juntamente com Bruna. Pelo que sabe, os autores residiam com Jose Miranda, que os levava à igreja, à escola e deles cuidava como se filhos fossem. Não conheceu o pai e quanto à mãe, sabe que houve problema de saúde, sem, contudo conhecer os detalhes. Que não época (sic), somente Jose Miranda cuidava deles".
> O fato de Walter Domingos da Silva, pai de Bruna de Jesus da Silva (fl. 40), possuir vínculos empregatícios, consoante "CNIS" de fl. 59, aparentemente juntado pela autarquia federal quando da apresentação da sua contestação no processo primigênio, não nos impressiona.
> Os testigos esclareceram que os menores residiam com o bisavô, que deles cuidava como se filhos fossem.
> Gilson Aparecido foi ainda mais contundente ao informar, de maneira taxativa, que "não conheceu o pai".
> Sob outro aspecto, a circunstância - execução de labuta - não implica, necessariamente, qualquer contribuição para com a filha, seja afetiva ou economicamente, o mesmo valendo para o genitor de Vinicius Matheus de Jesus Caetano, não existindo, aliás, qualquer prova nesse sentido no vertente pleito.
> Quanto à mãe de Bruna e de Vinícius, à época da defunção do instituidor (bisavô), como visto, ocorrida em 30.04.2008, estava a perceber R$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais), de acordo com pesquisa "CNIS - Extrato Previdenciário", de 29.05.2018, "Nit: 1.241.057.829-4", isto é, um salário mínimo (Lei 11.709/08), não havendo, uma vez mais, evidências de que se encontrava a prover os descendentes com o que auferia.
> CONCLUSÃO
> Em síntese: tanto o argumento de proibição no retrocesso em direitos sociais quanto o argumento hermenêutico (uso da analogia e de interpretação teleológico/sistemática) apontam em uma direção firme: reconhecida a dependência econômica de menor sob guarda em relação a ex-segurado, como no caso sub judice, faz o infante jus ao reconhecimento de seu direito à pensão por morte. [...]
> Ante o exposto, voto no sentido de julgar improcedente o pedido formulado na ação rescisória. Condenada a autarquia federal na verba honorária advocatícia de R$ 1.000,00 (mil reais). Custas e despesas *ex vi legis*. (grifo no original)

Pedi vista dos autos para uma análise mais detida do caso, haja vista que na presente rescisória se discute pensão requerida por menor sob guarda de falecido segurado.

Na ação subjacente, representados por sua mãe, Ana Maria de Jesus da Silva, os menores B.J.S., filha de Walter Domingos da Silva (fl. 40), e V.M.J.C., filho de João Batista Caetano (fl. 40v), postularam a concessão de pensão em razão do falecimento, em 30.04.2008 (fl. 38v), de seu avô materno, José Miranda, a quem fora concedida a guarda definitiva dos menores, conforme sentença prolatada em 14.07.2003 (fl. 39v).

Em contestação (fls. 55-60), a autarquia, entre outros fundamentos, argumentou que, assim como a mãe dos menores, o genitor de cada um deles se encontrava trabalhando, razão pela qual não se configurava, para fins previdenciários, dependência econômica em relação ao guardião.

Foram ouvidas testemunhas, em 24.10.2012 (fl. 98):

Testemunha Vera Lúcia Aparecida Pinheiro: "conheceu os autores bem como o bisavô Jose Miranda há mais de dez anos, freqüentando a mesma igreja evangélica no Bairro Jardim São Francisco. Disse que os bisnetos moravam com o Sr. Jose Miranda, que os levava para todos os lugares e deles cuidava, sempre com carinho e dedicação, referindo-se a eles como filhos."

Gilson Aparecido Alves: "que conheceu Bruna e Vinícius há muito tempo, quando ainda era (sic) crianças e freqüentavam a mesma igreja, Quadrangular, no Jardim São Fernando. Que na época Vinícius era de colo, mas ali comparecia na companhia de Jose Miranda, juntamente

com Bruna. Pelo que sabe, os autores residiam com Jose Miranda, que os levava à igreja, à escola e deles cuidava como se filhos fossem. Não conheceu o pai e quanto à mãe, sabe que houve problema de saúde, sem, contudo conhecer os detalhes. Que não (sic) época, somente Jose Miranda cuidava deles."

Em 1ª Instância, o pleito foi julgado improcedente (fls. 107-108), sentença reformada no 2º grau de jurisdição, dando-se provimento à apelação da parte autora para julgar procedente o pedido, conforme decisão monocrática proferida pelo Desembargador Federal Toru Yamamoto (fls. 130v-131):

> [...] Para a obtenção do benefício da pensão por morte, faz-se necessário a presença de dois requisitos: qualidade de segurado e condição de dependência.
> No que tange à qualidade de segurado, cumpre observar que o de cujus era beneficiário de aposentadoria por idade desde 01/09/1990 até a data do óbito, conforme extrato do sistema CNIS/DATAPREV (fls. 66). Logo, resta comprovada a qualidade de segurado do falecido, nos termos do artigo 15, inciso I, da Lei nº 8.213/91.
> *Em relação à dependência econômica, observa-se que os autores se encontravam sob a guarda judicial do segurado falecido, consoante comprova a certidão de fls. 25 dos autos. Restou, ainda, corroborada a dependência econômica da parte autora em relação ao falecido pela prova testemunhal produzida nos autos (fls. 148/149). Com isso, ainda que o artigo 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97, não contemple mais o menor sob guarda na relação de dependentes, ele pode ser abrangido pela expressão "menor tutelado" constante do referido dispositivo, de modo que faz jus também ao benefício.* Nesse sentido, os seguintes julgados: AC 1596149, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 21.05.2013, DJF3 29.05.2013; APELREEX nº 770822, Rel. Juiz Fed. Conv. Nilson Lopes, 10ª Turma, j. 18.12.2012, DJF3 09.01.2013; AC nº 1293531, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, 8ª Turma, j. 15.10.2012, DJF3 26.10.2012; AC 1203841, Rel. Juiz Fed. Conv. Leonel Ferreira, 7ª Turma, j. 08.10.2012, DJF3 17.10.2012; AI 477107, Rel. Juiz Fed. Conv. Carlos Francisco, 7ª Turma, j. 13.08.2012, 22.08.2012; AC nº 1088219, Rel. Juiz Conv. Fernando Gonçalves, 7ª Turma, j. 16.02.2012, DJF3 08.03.2012; AC nº 2003.61.09.003452-3, Rel Des. Fed. Leide Polo, 7ª Turma, j. 14.03.2011, DJF3 18.03.2011.
> Assim, entendo que restou demonstrada a dependência econômica da parte autora em relação ao seu falecido bisavô e guardião, sendo-lhe devido o benefício de pensão por morte, a partir da data do óbito (30/04/2008), tendo em vista que não corre a prescrição contra menores, nos termos do disposto no art. 198, I, do Código Civil. [...] (grifo nosso)

Ao agravo interposto pela autarquia foi negado provimento, conforme acórdão proferido pela 7ª Turma desta Corte (fls. 142v-144), nos termos do voto do Relator, no sentido de que "as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida".

Sem interposição de outros recursos pelas partes, foi certificado o trânsito em julgado ocorrido em 13.07.2015 (fl. 146).

Há, aqui, que se ponderar a proteção constitucional conferida tanto a crianças e adolescentes, quanto à seguridade social.

Não se olvida que o artigo 33, § 3º, do ECA (Lei nº 8.069/90) confere ao menor sob guarda, inclusive para fins previdenciários, a qualidade de dependente; contudo, deve se manter em vista o fato de que o requisito legal, para a finalidade de se determinar a qualidade de dependente no âmbito do RGPS, é a situação de dependência econômica em relação ao segurado (artigo 16, §§ 2º e 4º, da LBPS), o que, no caso do menor sob guarda, deve ser avaliada também

quanta à ausência de capacidade dos pais do menor para prover sua assistência material, eis que ilegítima a tentativa de transmissão ao Estado, na condição de representante da coletividade, do dever legal de prover o sustento dos filhos (artigo 1.697 do CC).

Aliás, a concessão de guarda aos avós, quando vivo(s) algum(s) do(s) pais, seria excepcionalíssima, e somente nos casos justificados por lei, pois o pátrio poder - e as obrigações a ele inerentes - é irrenunciável. Neste sentido, confira-se:

> DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DEVER IRRENUNCIÁVEL E INDELEGÁVEL. DESTITUIÇÃO. CONSENTIMENTO DA MÃE. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ART. 392 DO CÓDIGO CIVIL. CONTRADITÓRIO. NECESSIDADE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ADOÇÃO. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. SEGURANÇA JURÍDICA. INTERESSES DO MENOR. ORIENTAÇÃO DA TURMA. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> I - O pátrio poder, por ser "um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoas e bens dos filhos menores" é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia.
> II - As hipóteses de extinção do pátrio poder estão previstas no art. 392 do Código Civil e as de destituição no 395, sendo certo que são estas exaustivas, a dependerem de procedimento próprio, previsto nos arts. 155/163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante dispõe o art. 24 do mesmo diploma.
> III - A entrega do filho pela mãe pode ensejar futura adoção (art. 45 do Estatuto), e, conseqüentemente, a extinção do pátrio poder, mas jamais pode constituir causa para a sua destituição, sabido, ademais, que "a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder" (art. 23 do mesmo diploma)
> IV - Na linha de precedente desta Corte, "a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese".
> V - Situação de fato consolidada enseja o provimento do recurso a fim de que prevaleçam os superiores interesses do menor.
> (STJ, 4ª Turma, REsp 158920, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 24.05.1999)

A aplicação de tal entendimento procede-se mediante a verificação fática da dependência econômica do menor sob guarda, uma vez que os comandos legais em comento não estão a colidir, senão a trazer equilíbrio jurídico à relação intersubjetiva que se estabelece entre o menor e o Instituto Autárquico, visto que ambos são detentores de direitos indisponíveis.

Dessa forma, o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o § 2º do art. 16 da Lei de Benefícios, com redação alterada pela Lei 9.528/97, não discrepam na essência, embora o enfoque teleológico de cada dispositivo seja diverso. Ou seja, enquanto ambas as normas encontram seu nascedouro nos princípios constitucionais de proteção à Ordem Social, é certo que o art. 33 da Lei 8.069/90, tem sua tônica na tutela dos interesses do menor, enquanto o § 2º do art. 16 da Lei de Benefícios ressalta a necessidade de verificação de dependência econômica, a fim de não a ter por presumida.

Nesse sentido, aliás, formou-se tese, em sede de julgamento de recurso representativo de controvérsia, pela 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça:

> O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, *comprovada a sua dependência econômica*, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da medida provisória 1.523/96, reeditada e convertida na lei 9.528/97. funda-se essa

> conclusão na qualidade de lei especial do estatuto da criança e do adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.
> (STJ, 1ª Seção, REsp 1411258, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.10.2017, DJe 21.02.2018). [grifo nosso]

Quanto ao ponto da necessária comprovação da dependência econômica, asseverou o i. relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em seu volto condutor:

> [...] *Deve ser exigida, porém, como requisito à concessão do benefício, a comprovação da dependência econômica, em relação ao falecido segurado*, em similitude com o que se exige do enteado e do menor sob tutela, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91. *Essa exigência, por certo, pode evitar eventuais abusos, pois, se apesar da guarda, restar comprovado que o menor não dependia economicamente do instituidor da pensão, não deverá ser concedido o benefício.* [...]. (grifo nosso)

Portanto, mister se faz análise individualizada de cada situação fática, no intuito de se adequar à legislação aplicável.

Cabe ressaltar que o INSS, na inicial desta demanda rescisória, alegou a violação de lei não apenas por força da alteração promovida pela Lei nº 9.528/97 no rol de dependentes dos segurados, excluindo da redação do § 2º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, o menor sob guarda, mas, também, porque tanto a mãe, como o pai de cada um dos menores, encontram-se vivos. Aliás, questão igualmente deduzida em sede de contestação à demanda subjacente, na qual juntou aos autos extratos do CNIS comprovando que a mãe e os pais de cada um dos menores se encontravam (como, aliás, ainda se encontram) empregados e poderiam prover o sustento de seus filhos.

Quanto ao ponto, eis os dados constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais (em anexo):

- Ana Maria de Jesus da Silva, mãe dos menores: à época do óbito exercia atividade de empregada doméstica (desde 01.09.2000, vínculo posteriormente encerrado, em 31.03.2010), percebendo um salário mínimo. Atualmente (e desde 01.10.2017), é empregada de Cassa Vida Nova de Campinas Ltda., recebendo salário de cerca de R$ 1.200,00.

- Walter Domingos da Silva, pai de B.J.S.: à época do óbito (e desde 02.02.2005) era empregado de Gocil Serviços Gerais Ltda., recebendo salário de cerca de R$ 500,00. Atualmente (e desde 02.04.2015), é empregado de Souza Lima Terceirizações Ltd., recebendo salário em torno de R$ 1.300,00.

- João Batista Caetano, pai de V.M.J.C.: desde 01.02.1998 é empregado do Condomínio Edifício Avignon. Seu salário à época do óbito era de cerca de R$ 1.000,00 e, atualmente, está em torno de R$ 2.800,00.

Observa-se que a mãe dos menores e seus respectivos pais tanto à época do óbito, como ainda hoje, possuem condições de prover o sustento de seus filhos.

Repiso, a concessão de guarda não desobriga os genitores dos menores das obrigações inerentes a seu pátrio poder, de sorte que, ainda que sob os cuidados do guardião, os menores tem o direito de ter alimentos prestados por seus genitores.

Não é demais lembrar que o instituto de guarda não implica mera assistência material, mas, também, moral e educacional.

Portanto, a avaliação sobre a necessidade de acolhimento do menor aos cuidados de

guardião não se limita à capacidade econômica dos genitores de proverem o sustento material de seus filhos.

De outro lado, a comprovação de dependência econômica perpassa tão somente sob o aspecto material. Vale dizer, se os genitores (pai e mãe) do menor sob guarda, os quais tem o dever legal de prestar alimentos, possuem condições econômicas de fazê-lo, tal como claramente se verifica no caso concreto, não se caracteriza efetiva dependência econômica dos menores em relação ao guardião.

Além de não ser possível simplesmente ignorar que o pai de cada um dos menores recebia remuneração, a questão do valor da remuneração percebida apenas pela genitora (um salário mínimo, à época do óbito) também não poderia servir de argumento para se decidir de forma diversa, eis que, *in casu*, se está a tratar de benefício previdenciário, e não assistencial.

E mesmo que assim não fosse, não me parece seja possível, em interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, utilizar-se o Regime Geral Previdenciário para substituir dever legal imposto aos pais, de manutenção dos filhos. Aliás, esta foi a razão da alteração legislativa imprimida pelo legislador ordinário.

Entendo que ao avaliar a situação de dependência econômica apenas por força da condição de guarda incorreu o julgado rescindendo em violação direta o disposto no artigo 16, § 2º e 4º, da LBPS.

Em *iudicium rescindens*, portanto, imperativa a procedência da presente rescisória.

Consequentemente e considerando o quanto supra exposto, não restando maiores dilações a respeito do tema, em *iudicium rescisorium*, é de rigor o reconhecimento da improcedência do pedido formulado na ação subjacente, haja vista a inexistência de dependência econômica dos autores em relação a seu falecido avô e guardião.

Por fim, em que pese entendimento pessoal deste Relator, curvo-me à orientação firmada nesta 3ª Seção no sentido de que é indevida a devolução dos valores recebidos a maior pelo segurado em decorrência do cumprimento de provimento judicial transitado em julgado, ora rescindido, desde que não caracterizada má-fé:

> AÇÃO RESCISÓRIA. DESAPOSENTAÇÃO . JUSTIÇA GRATUITA REQUERIDA EM CONTESTAÇÃO DEFERIDA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. SÚMULA n. 343 DO E. STF. CARÊNCIA DA AÇÃO. NÃO ACOLHIDOS. RENÚNCIA DE APOSENTADORIA PARA OBTENÇÃO DE OUTRA MAIS BENÉFICA, COM O CÔMPUTO DAS CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS APÓS O JUBILAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE LEI. OCORRÊNCIA. RESTITUIÇÃO DE VALORES INDEVIDA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. [...] Rejeitado o pleito de restituição dos valores pagos em decorrência do julgado rescindido, em virtude da natureza alimentar de que se revestem, do recebimento em boa-fé e também porque resguardados por decisão judicial com trânsito em julgado. Precedentes desta Corte. [...] (TRF3, 3ª Seção, AR 00054253220134030000, relator Juiz Federal convocado Rodrigo Zacharias, votação unânime, DJe 10.03.2017)

Ante o exposto, *peço vênia ao i. Relator* para, em *iudicium rescindens*, com fundamento nos artigos 485, V, do CPC/1973 e 966, V, do CPC/2015, *julgar procedente a presente ação rescisória* para desconstituir o julgado na ação subjacente; em *iudicium rescisorium*, nos termos dos artigos 269, I, do CPC/1973 e 487, I, do CPC/2015, *julgar improcedente o pedido formulado na ação subjacente*; e, *julgar improcedente o pedido para restituição dos valores recebidos* por força da execução do julgado ora rescindido.

Custas na forma da lei.

Condeno a parte ré no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R$ 1.000,00 (mil reais), devidamente atualizado e acrescido de juros de mora, conforme estabelecido do Manual de Cálculos e Procedimentos para as dívidas civis, até sua efetiva requisição (juros) e pagamento (correção), conforme prescrevem os §§ 2º, 4º, III, e 8º, do artigo 85 do CPC. A exigibilidade das verbas honorárias devidas ficará suspensa por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, a teor do disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO

APELAÇÃO CÍVEL
0018137-88.2017.4.03.9999
(2017.03.99.018137-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ANTONIA SONIA PEREIRA DE FRANÇA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE DIADEMA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: Ap 2247040
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/08/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO MATERNIDADE. INDENIZAÇÃO. ESTABILIDADE DA TRABALHADORA URBANA GESTANTE. SENTENÇA TRABALHISTA. SÚMULA 244 DO TST.
1. Legitimidade do INSS para figurar no polo passivo da ação. O c. STJ pacificou a questão no sentido de que o fato de ser atribuição da empresa pagar o salário maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário, que deve ser pago diretamente pela Previdência Social. A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar a compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos (REsp 1309251/RS).
2. O instituto da estabilidade de emprego à trabalhadora gestante, proteção que visa ao nascituro, está elencado no Art. 10, II, b, do ADCT, atendendo ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.
3. A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade (desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto). Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade, nos termos da Súmula 244 do TST.
4. Sentença trabalhista que conferiu o pagamento de indenização equivalente aos direitos do período da estabilidade da trabalhadora gestante e outros direitos. Salário maternidade indevido, pois não se concede o benefício pelo mesmo fato, por duas vezes.
5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de julho de 2018.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de apelação em face de sentença proferida em autos de ação de conhecimento na qual se busca a concessão do benefício de salário maternidade.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento do salário maternidade referente a 120 dias, em razão do nascimento de Darlan de França Silva em 14/02/14, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora, a partir da citação, e honorários advocatícios de 10%, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Apela o réu, arguindo a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação. No mérito, pleiteia a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Por primeiro, quanto à legitimidade do réu para figurar no polo passivo da ação, o c. STJ, já pacificou a questão no sentido de que o fato de ser atribuição da empresa pagar o salário maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário, que deve ser pago diretamente pela Previdência Social. A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar a compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos. (STJ REsp 1309251/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013).

Passo à análise da matéria de fundo.

O filho da autora, Darlan de França Silva, nasceu em 14/02/2014, conforme a cópia da certidão de nascimento de fl. 22/vº.

O instituto da estabilidade de emprego à trabalhadora gestante, proteção que visa ao nascituro, está elencado no Art. 10, II, "b", do ADCT, de nossa Constituição Federal, atendendo ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade (desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto). Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade, nos termos da Súmula 244 do TST.

In casu, verifica-se que a autora moveu ação trabalhista, autuada sob o nº 0000257-48.2014.5.02.0262, perante o ex-empregador, para o qual trabalhou de 05/05/2011 a 16/06/2014, em que se pleiteou a estabilidade provisória decorrente da gravidez, resultando no acordo judicial com valor de R$2.400,00, conforme a cópia da sentença homologatória trabalhista de fls. 24/25.

Não obstante constar da sentença trabalhista de fls. 24/25 de que nos valores do acordo não estão incluídos os valores referentes ao período de afastamento pela licença maternidade, na própria sentença consta que o valor acordado se refere à estabilidade da gestante.

Assim, tendo em vista o acordo trabalhista entre a parte autora e o ex-empregador, referente ao pagamento de R$2.400,00 a título de indenização equivalente aos direitos do período da estabilidade da trabalhadora gestante, conforme cópia da sentença de fls. 24/25, o pedido de salário maternidade, nestes autos, resta improcedente.

Com efeito, não se concede o benefício pelo mesmo fato, por duas vezes, caso contrário, configurar-se-ia enriquecimento ilícito.

Veja-se que o período de estabilidade provisória, previsto no Art. 10, do ADCT, da Constituição Federal, engloba o período de gravidez acrescido daquele em que a mãe fica em casa gozando da licença maternidade, e garantida financeiramente pelo salário maternidade, objeto esse do presente feito. Dessa feita, tendo o ex-empregador adimplido para com a obrigação que seria do INSS, cabe a aquele fazer a compensação desse pagamento em sua folha de salários.

Destarte, é de se reformar a r. sentença, havendo pela improcedência do pedido, arcando a autoria com honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado dado à causa, observando-se o disposto no § 3º, do Art. 98, do CPC, por ser beneficiária da justiça gratuita, ficando a cargo do Juízo de execução verificar se restou ou não inexequível a condenação em honorários.

A parte autora, por ser beneficiária da assistência judiciária integral e gratuita, está isenta de custas, emolumentos e despesas processuais.

Ante o exposto, afastada a questão trazida na abertura do apelo, dou-lhe provimento.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0037232-07.2017.4.03.9999
(2017.03.99.037232-5)

Apelante: PEDRO ROMITTI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ITÁPOLIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA
Classe do Processo: ApReeNec 2278193
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/06/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. DESCONTO DE VALORES. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA.
1. Por ter sido a sentença proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e, em razão de sua regularidade formal, conforme certificado nos autos, a apelação interposta deve ser recebida e apreciada em conformidade com as normas ali inscritas.
2. Considerando os elementos dos autos - o INSS foi condenado a averbar períodos considerados especiais e, por conseguinte, implantar e pagar a aposentadoria especial desde o requerimento administrativo (14/06/2013) até a implantação do benefício, ocorrida em março/2017 -, o montante da condenação não excederá a 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que o valor da aposentadoria seja igual ao teto previdenciário.
3. Nas razões de apelação, a parte autora questiona apenas o fato de que a sentença determinou o desconto do período em que houve a contribuição para o RGPS e que coincidiu com o trâmite processual para o reconhecimento do direito à aposentadoria especial.
4. A inteligência do artigo 57, §8º c.c o artigo 46, ambos da Lei 8.231/91, revela que o segurado que estiver recebendo aposentadoria especial terá tal benefício cancelado se retornar voluntariamente ao exercício da atividade especial. Logo, só há que se falar em cancelamento do benefício e, consequentemente, em incompatibilidade entre o recebimento deste e a continuidade do exercício da atividade especial se houver (i) a concessão do benefício e, posteriormente, (ii) o retorno ao labor especial. No caso, não houve a concessão da aposentadoria especial, tampouco o posterior retorno ao labor especial. A parte autora requereu o benefício; o INSS o indeferiu na esfera administrativa, circunstância que, evidentemente, levou o segurado a continuar a trabalhar, até mesmo para poder prover a sua subsistência e da sua família. Considerando que a aposentadoria especial só foi concedida na esfera judicial e que o segurado não retornou ao trabalho em ambiente nocivo, mas sim continuou nele trabalhando após o INSS ter indeferido seu requerimento administrativo, tem-se que a situação fática verificada *in casu* não se amolda ao disposto no artigo 57, §8º, da Lei 8.213/91, de sorte que esse dispositivo não pode ser aplicado ao caso vertente, ao menos até que ocorra o trânsito em julgado da decisão que concedeu a aposentadoria especial.
5. O artigo 57, §8º, da Lei 8.213/91, tem como finalidade proteger a saúde do trabalhador, vedando que o beneficiário de uma aposentadoria especial continue trabalhando num ambiente nocivo. Sendo assim, considerando que tal norma visa proteger o traba-

> lhador, ela não pode ser utilizada para prejudicar aquele que se viu na contingência de continuar trabalhando pelo fato de o INSS ter indevidamente indeferido seu benefício. A par disso, negar ao segurado os valores correspondentes à aposentadoria especial do período em que ele, após o indevido indeferimento do benefício pelo INSS, continuou trabalhando em ambiente nocivo significa, a um só tempo, beneficiar o INSS por um equívoco seu - já que, nesse cenário, a autarquia deixaria de pagar valores a que o segurado fazia jus por ter indeferido indevidamente o requerido - e prejudicar duplamente o trabalhador - que se viu na contingencia de continuar trabalhando em ambiente nocivo mesmo quando já tinha direito ao benefício que fora indevidamente indeferido pelo INSS - o que colide com os princípios da proporcionalidade e da boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*).
> 6. Reexame necessário não conhecido. Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer do reexame necessário e dar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de junho de 2018.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora):

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta contra a sentença de fls. 126/130 que julgou procedentes os pedidos deduzidos na Inicial, para:

> Determinar que o INSS promova a averbação em favor da parte autora, como especial, do período laborado de 01.08.1981 a 31.10.1984 - frentista/borracheiro; 01.02.1985 a 30.07.1999 - frentista/borracheiro; 01.08.1999 a 21.06.2013 - borracheiro, condenando ainda o requerido a conceder a aposentadoria especial ao autor, a partir do requerimento administrativo. (...) As prestações e os abonos em atraso, se o caso, serão pagos de uma só vez. Eventuais valores recebidos a título de benefício ou contribuições durante o processo deverão ser desconsideradas uma vez que incompatível com o benefício e para se evitar enriquecimento ilícito. (...) Por se tratar de sentença que contém condenação ilíquida, cumpra-se o reexame necessário (Súmula n. 490 do Superior Tribunal de Justiça).

O autor interpôs recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que deve ser afastada a determinação de desconto do período em que efetuou recolhimento de contribuições ao RGPS durante o trâmite processual.

Sem contrarrazões do INSS.

Na sequência, subiram os autos a esta Corte.

Certificado que a apelação foi interposta tempestivamente e que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita (fl. 165).

É o breve relatório.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora):

Recebo a apelação interposta sob a égide do Código de Processo Civil/2015, e, em razão de sua regularidade formal, conforme certidão de fl. 165, possível sua apreciação, nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

REEXAME NECESSÁRIO

A sentença recorrida foi proferida sob a égide do Novo Código de Processo Civil, o qual afasta a submissão da sentença proferida contra a União e suas respectivas autarquias e fundações de direito público ao reexame necessário quando a condenação imposta for inferior a 1.000 (mil) salários mínimos (art. 496, I c.c. § 3º, I, do CPC/2015).

In casu, considerando os elementos dos autos - o INSS foi condenado a averbar períodos considerados especiais e, por conseguinte, implantar e pagar a aposentadoria especial desde o requerimento administrativo (14/06/2013) até a implantação do benefício, ocorrida em março/2017 -, o montante da condenação não excederá a 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que o valor da aposentadoria seja igual ao teto previdenciário.

Vale frisar que, em março/2017, quando da prolação da sentença, o salário mínimo era de R$937,00 e o teto do salário de benefício era R$5.531,31, correspondendo, pois, a aproximadamente 5,9 salário mínimos.

Sendo assim, ainda que a parte autora faça jus a uma aposentadoria no valor do teto de salário de benefício previdenciário (5,9 salários mínimos), considerando (i) o termo inicial do benefício (14/06/2013), e (ii) que a sentença foi proferida em 21/03/2017, oportunidade em que foi proferida a sentença, tem-se que a condenação não ultrapassará 49 prestações mensais (de 14/06/2013 a 21/03/2017) e a 290 salários mínimos (49 prestações de 5,9 salários mínimos).

Logo, a r. sentença não está sujeita ao reexame necessário.

Nesse sentido, precedente desta C. 7ª Turma:

> PREVIDENCIÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. VALOR DA CONDENAÇÃO INFERIOR A 1.000 SALÁRIOS MÍNIMOS. REMESSA NÃO CONHECIDA.
> 1. Exame da admissibilidade da remessa oficial prevista no artigo 496 do CPC/15.
> 2. O valor total da condenação não alcançará a importância de 1.000 (mil) salários mínimos.
> 3. Remessa necessária não conhecida.
> (REO 0020789-78.2017.4.03.9999, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Paulo Domingues, 28/09/2017)

DO RECURSO DA PARTE AUTORA

Nas razões de apelação, a parte autora questiona apenas o fato de que a sentença determinou o desconto do período em que houve a contribuição para o RGPS e que coincidiu com o trâmite processual para o reconhecimento do direito à aposentadoria especial.

A limitação imposta pelo artigo 57, §8º, da Lei 8.213/91, não se aplica à hipótese dos

autos, em que a aposentadoria especial foi deferida apenas judicialmente.

Tal dispositivo estabelece que "Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei". Já o artigo 46, da Lei 8.231/91, determina que "o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno".

A inteligência do artigo 57, §8º c.c o artigo 46, ambos da Lei nº 8.231/91, revela que o segurado que estiver recebendo aposentadoria especial terá tal benefício cancelado se retornar voluntariamente ao exercício da atividade especial. Logo, só há que se falar em cancelamento do benefício e, consequentemente, em incompatibilidade entre o recebimento deste e a continuidade do exercício da atividade especial se houver (i) a concessão do benefício e, posteriormente, (ii) o retorno ao labor especial.

No caso, não houve a concessão da aposentadoria especial, tampouco o posterior retorno ao labor especial. A parte autora requereu o benefício; o INSS o indeferiu na esfera administrativa, circunstância que, evidentemente, levou o segurado a continuar a trabalhar, até mesmo para poder prover a sua subsistência e da sua família.

Considerando que a aposentadoria especial só foi concedida na esfera judicial e que o segurado não retornou ao trabalho em ambiente nocivo, mas sim continuou nele trabalhando após o INSS ter indeferido seu requerimento administrativo, tem-se que a situação fática verificada *in casu* não se amolda ao disposto no artigo 57, §8º, da Lei nº 8.213/91, de sorte que esse dispositivo não pode ser aplicado ao caso vertente, ao menos até que ocorra o trânsito em julgado da decisão que concedeu a aposentadoria especial.

Destaque-se que esta C. Turma, ao interpretar tal dispositivo, já decidiu que "Não há que se falar na impossibilidade do beneficiário continuar exercendo atividade especial, pois diferentemente do benefício por incapacidade, cujo exercício de atividade remunerada é incompatível com a própria natureza da cobertura securitária, a continuidade do labor sob condições especiais na pendência de ação judicial, na qual postula justamente o respectivo enquadramento, revela cautela do segurado e não atenta contra os princípios gerais de direito; pelo contrário, privilegia a norma protetiva do trabalhador". (ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1928650 / SP 0002680-43.2012.4.03.6102, DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS).

Não se pode olvidar, ainda, que o entendimento que, com base numa interpretação extensiva, aplica o artigo 57, §8º, da Lei nº 8.213/91, a casos em que a aposentadoria especial é concedida apenas judicialmente, impedindo o pagamento dos valores correspondentes à aposentadoria especial no período em que o segurado continuou trabalhando em ambiente nocivo, não se coaduna com a interpretação teleológica, tampouco com o postulado da proporcionalidade e com a proibição do *venire contra factum proprium* (manifestação da boa-fé objetiva).

De fato, o artigo 57, §8º, da Lei nº 8.213/91, tem como finalidade proteger a saúde do trabalhador, vedando que o beneficiário de uma aposentadoria especial continue trabalhando num ambiente nocivo. Sendo assim, considerando que tal norma visa proteger o trabalhador, ela não pode ser utilizada para prejudicar aquele que se viu na contingência de continuar trabalhando pelo fato de o INSS ter indevidamente indeferido seu benefício.

A par disso, negar ao segurado os valores correspondentes à aposentadoria especial do período em que ele, após o indevido indeferimento do benefício pelo INSS, continuou trabalhando em ambiente nocivo significa, a um só tempo, beneficiar o INSS por um equívoco seu - já que, nesse cenário, a autarquia deixaria de pagar valores a que o segurado fazia jus por

ter indeferido indevidamente o requerido - e prejudicar duplamente o trabalhador - que se viu na contingência de continuar trabalhando em ambiente nocivo mesmo quando já tinha direito ao benefício que fora indevidamente indeferido pelo INSS - o que colide com os princípios da proporcionalidade e da boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*).

Por tais razões, reconheço que o disposto no artigo 57, §8º, da Lei nº 8.213/91, não se aplica ao caso dos autos, não havendo, por conseguinte, que se falar em descontos, na fase de liquidação, das parcelas atrasadas dos períodos em que a parte autora permaneceu exercendo atividades consideradas especiais.

Ante o exposto, *NÃO CONHEÇO* do reexame necessário e *DOU PROVIMENTO* à apelação da parte autora.

É o voto.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001612-94.2018.4.03.9999
(2018.03.99.001612-4)

Apelantes: LUIZ GONZAGA DA CRUZ E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CAPÃO BONITO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: Ap 2288945
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2018

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. AUXÍLIO-DOENÇA OU APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APELAÇÕES DAS PARTES. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA. QUALIDADE DE SEGURADO(A). PREEXISTÊNCIA DA ENFERMIDADE. AUXÍLIO-DOENÇA MANTIDO. TERMO INICIAL. TERMO FINAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.
I - Considerando que o valor da condenação ou proveito econômico não ultrapassa 1.000 (mil) salários mínimos na data da sentença, conforme art. 496, § 3º, I do CPC/2015, não é caso de remessa oficial.
II - Para a concessão da aposentadoria por invalidez é necessário comprovar a condição de segurado(a), o cumprimento da carência, salvo quando dispensada, e a incapacidade total e permanente para o trabalho. O auxílio-doença tem os mesmos requisitos, ressalvando-se a incapacidade, que deve ser total e temporária para a atividade habitualmente exercida.
III - Comprovada a incapacidade total e temporária. Mantido o auxílio-doença.
IV - Termo inicial do benefício mantido, pois não houve alteração do quadro clínico a justificar a cessação administrativa.
V- Nos benefícios por incapacidade (aposentadoria por invalidez e auxílio-doença), sempre que possível, deve ser fixada a data de cessação do benefício prevista nas Medidas Provisórias n. 739, de 07/07/2016, e n. 767, de 06/01/2017 (convertida na Lei n. 13.457/2017), em vigor enquanto não houver decisão dos Tribunais Superiores pela sua inconstitucionalidade.
VI - Data da cessação do benefício fixada em 01 (um) ano a contar do laudo pericial, pois de acordo com o perito judicial necessária análise da efetividade do tratamento a ser implementado.
VII - As parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária desde os respectivos vencimentos.
VIII - A correção monetária será aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, observados os termos do julgamento final proferido na Repercussão Geral no RE 870.947, em 20/09/2017.
IX - O(A) autor(a) sucumbiu em parte mínima do pedido, portanto, não deve ser

condenado ao pagamento de honorários advocatícios à parte adversa.
X - Tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária será fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, ambos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da sentença (Súmula 111 do STJ).
XI - Apelações parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento às apelações das partes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando o restabelecimento de auxílio-doença ou a concessão de aposentadoria por invalidez, desde o dia seguinte à cessação administrativa (08/12/2015), acrescidas as parcelas vencidas dos consectários legais e do percentual previsto no art. 45, da Lei 8.213/91. Requereu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

O Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o INSS ao pagamento de auxílio-doença, desde a cessação administrativa (07/12/2015). Prestações em atraso acrescidas de correção monetária segundo a Resolução 134/10 do CJF que aprovou o Manual de Cálculos da Justiça Federal, com as alterações previstas na Resolução 267/13 e observadas as ADI's 4357 e 4425, e de juros de mora conforme o art. 1º - F da Lei 9.494/97. Reconheceu a sucumbência recíproca. Antecipou a tutela.

Sentença proferida em 17/02/2017, não submetida ao reexame necessário.

O(A) autor(a) apela, sustentando que restou comprovada a incapacidade total e permanente, fazendo jus à concessão da aposentadoria por invalidez. Caso outro o entendimento, requer a manutenção do auxílio-doença pelo período necessário à recuperação da capacidade ou ao procedimento de reabilitação. No mais, requer a condenação do INSS em honorários advocatícios por ter sucumbido em parte mínima do pedido.

O INSS apela, alegando a ausência de qualidade de segurado(a) do(a) autor(a), bem como preexistência da enfermidade. Pede a reforma da sentença. Caso outro o entendimento, requer a apuração da correção monetária de acordo com o art. 1º - F da Lei 9.494/97 com a redação dada pela Lei 11.960/09, fixação do termo inicial do benefício na data da juntada do laudo pericial e do termo final do benefício em 01 ano após a sua elaboração.

Com contrarrazões do(a) autor(a), vieram os autos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Considerando que o valor da condenação ou proveito econômico não ultrapassa 1.000 (mil) salários mínimos na data da sentença, conforme art. 496, § 3º, I do CPC/2015, não é caso de remessa oficial.

Para a concessão da aposentadoria por invalidez é necessário comprovar a condição de segurado(a), o cumprimento da carência, salvo quando dispensada, e a incapacidade total e permanente para o trabalho.

O auxílio-doença tem os mesmos requisitos, ressalvando-se a incapacidade, que deve ser total e temporária para a atividade habitualmente exercida.

As apelações impugnam o preenchimentos dos requisitos necessários à concessão do benefício, bem como extensão e duração da incapacidade.

De acordo com o laudo pericial elaborado em 29/09/2016 (fls. 117/126), o(a) autor(a), nascido(a) em 1959, é portador(a) de "artrite (espondilite) psoriática".

O perito judicial consignou que houve agravamento do quadro clínico, pois "apresenta extensas lesões no corpo. Refere ainda quadro de dores articulares", bem como concluiu pela existência de incapacidade total e temporária, sendo necessário afastamento das atividades laborativas habituais ("mecânico de automóvel") pelo período de 01 ano para adequação do tratamento e controle dos sintomas.

Considerando-se as informações do laudo pericial e documentos médicos anexados aos autos, restou evidenciado que a incapacidade decorre de agravamento do quadro clínico após o reingresso do(a) autor(a) no RGPS em 05/2008 na qualidade de contribuinte individual.

Correta a concessão do auxílio-doença.

Nesse sentido:

> PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. PERÍODO DE CARÊNCIA. INEXIGÊNCIA.
> - O benefício do auxílio-doença deve ser concedido ao segurado, desde que comprovada a incapacidade total e temporária para o desempenho de suas atividades, não se lhe aplicando a exigência do período de carência de contribuições, "ex vi" do art. 26, II da Lei 8.213/91.
> - Recurso especial não conhecido.
> (STJ, 6ª Turma, RESP 177841, DJ 21/09/1998, p.00253, Rel. Min. Vicente Leal).

O termo inicial do benefício foi corretamente fixado, pois comprovada a manutenção da incapacidade.

O benefício de auxílio-doença é cobertura previdenciária de caráter temporário, sendo possível a reavaliação da incapacidade para o trabalho mediante exame médico a cargo da própria autarquia.

Diante de tais considerações, adotava entendimento no sentido de que a obrigação de reavaliação decorre da implantação do benefício, ressalvando que o benefício deveria ser pago enquanto não modificada a situação de incapacidade do(a) segurado(a).

Contudo, em razão de alteração legislativa, sempre que possível, deve ser fixada a data de cessação do benefício por incapacidade prevista nas Medidas Provisórias 739, de 07/07/2016, e 767, de 06/01/2017 (convertida na Lei 13.457/2017):

> Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei n. 9.876, de 26/11/99) (...).
> § 8º Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício. (Incluído pela Lei n. 13.457, de 2017).
> § 9º Na ausência de fixação do prazo de que trata o § 8o deste artigo, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação perante o INSS, na forma do regulamento, observado o disposto no art. 62 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.457, de 2017).
> § 10. O segurado em gozo de auxílio-doença, concedido judicial ou administrativamente, poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram sua concessão ou manutenção, observado o disposto no art. 101 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.457, de 2017).
> § 11. O segurado que não concordar com o resultado da avaliação da qual dispõe o § 10 deste artigo poderá apresentar, no prazo máximo de trinta dias, recurso da decisão da administração perante o Conselho de Recursos do Seguro Social, cuja análise médica pericial, se necessária, será feita pelo assistente técnico médico da junta de recursos do seguro social, perito diverso daquele que indeferiu o benefício. (Incluído pela Lei n. 13.457, de 2017).

Citada alteração legislativa até a presente data deve ser considerada como válida e eficaz, diante da ausência de decisão superior acerca de sua constitucionalidade.

Ressalvo que não há impedimento ao pedido de prorrogação do benefício caso o(a) segurado(a) entenda não haver condições de retorno ao trabalho após a data fixada.

O perito judicial consignou a necessidade de reavaliação em um ano, pois necessária análise da efetividade do tratamento a ser implementado. Entendo que o citado prazo deve ser acolhido.

As parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária desde os respectivos vencimentos.

A correção monetária será aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, observados os termos do julgamento final proferido na Repercussão Geral no RE 870.947, em 20/09/2017.

O(A) autor(a) sucumbiu em parte mínima do pedido, portanto, não deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios à parte adversa.

Tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária será fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, ambos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da sentença (Súmula 111 do STJ).

Os demais consectários legais não foram objeto de impugnação.

DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO(A) AUTOR(A) para afastar a sucumbência recíproca e fixar os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação. DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS para fixar a data da cessação do benefício em 01(um) ano a contar do laudo pericial, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0010810-58.2018.4.03.9999
(2018.03.99.010810-9)

Apelante: MARIA ALVARENGA DE ASSIS SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIO CLARO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: Ap 2300557
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. IDOSA. MISERABILIDADE NÃO CONFIGURADA. FAMÍLIA. CASA PRÓPRIA EM BOAS CONDIÇÕES. QUATRO FILHOS. DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS. ACESSO AOS MÍNIMOS SOCIAIS. SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. APELAÇÃO IMPROVIDA.
- Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/93, regulamentado, atualmente, pelos Decretos n. 6.214/2007 e 7.617/2011.
- A LOAS deu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, ao estabelecer, em seu artigo 20, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambas as hipóteses, comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.
- O Supremo Tribunal Federal recentemente reviu seu posicionamento ao reconhecer que o requisito do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 não pode ser considerado taxativo (STF, RE n. 580963, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013).
- A parte autora é idosa para fins assistenciais, pois segundo os documentos constantes dos autos, possui idade superior a 65 (sessenta e cinco) anos de idade.
- Todavia, não está patenteada a miserabilidade para fins assistenciais.
- O relatório social apontou que a autora vive em casa própria, de bom estado, com o marido aposentado. As fotos demonstram ótimo estado do imóvel.
- Ademais, ela possui 4 (quatro) filhos vivos, todos residentes em casa próprias, mas, pelas informações da própria autora, "são capazes de oferecer ajuda financeira aos genitores".
- O dever de sustento dos filhos não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício é devido quando o sustento não poder ser provido pela família. Logo, os artigos 203, V e 229 do Texto Magno devem ser levadas em conta na apuração da miserabilidade, não podendo o artigo 20, § 3º, da LOAS ser interpretado de forma isolada, como se não houvesse normas constitucionais regulando a questão.
- Recentemente, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), ao analisar um pedido de uniformização do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), fixou a tese que "o benefício assistencial de prestação continuada pode ser indeferido se ficar demonstrado que os devedores legais podem prestar alimentos

civis sem prejuízo de sua manutenção". A decisão aconteceu durante sessão realizada em 23/2/17, em Brasília. Quanto ao mérito, o relator afirmou em seu voto que a interpretação do art. 20, §1º, da Lei n. 8.742/93, conforme as normas veiculadas pelos arts. 203, V, 229 e 230, da Constituição da República de 1988, deve ser no sentido de que "a assistência social estatal não deve afastar a obrigação de prestar alimentos devidos pelos parentes da pessoa em condição de miserabilidade socioeconômica (arts. 1694 e 1697, do Código Civil), em obediência ao princípio da subsidiariedade".
- Assim, no caso, a técnica de proteção social prioritária no caso é a família, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, *in verbis*: "Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."
- Cumpre salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer os desamparados (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, àquelas pessoas que sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.
- Condenada a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do Novo CPC. Porém, fica suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita.
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *conhecer da apelação e lhe negar provimento*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício assistencial de prestação continuada à parte autora.

A parte autora alega, em síntese, o cumprimento dos requisitos para a concessão do benefício, no tocante à hipossuficiência e à condição de pessoa com deficiência, pelas razões que apresenta.

Contrarrazões não apresentadas.

O DD. Órgão do Ministério Público Federal sugere o improvimento do recurso, ante a ausência de miserabilidade.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Conheço do apelo em razão da satisfação de seus requisitos.

No mérito, discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do *benefício assistencial de prestação continuada* previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/93, regulamentado, atualmente, pelos Decretos n. 6.214/2007 e 7.617/2011.

Essa lei deu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, ao estabelecer, em seu artigo 20, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante *portador de deficiência ou idoso* e, em ambas as hipóteses, comprovar a *miserabilidade ou a hipossuficiência*, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

DA HIPOSSUFICIÊNCIA OU MISERABILIDADE

O critério da miserabilidade do § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a situação de vida do idoso ou do deficiente, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação. Deve-se verificar, na questão *in concreto*, a ocorrência de situação de pobreza - entendida como a de falta de recursos e de acesso ao mínimo existencial -, a fim de se concluir por devida a prestação pecuniária da assistência social constitucionalmente prevista.

Logo, a presunção objetiva absoluta de miserabilidade, da qual fala a Lei, não afasta a possibilidade de comprovação da condição de miserabilidade por outros meios de prova, conforme precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 435.871, 5ª Turma Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/9/2002, DJ 21/10/2002, p. 61, REsp n. 222.764, STJ, 5ªT., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/2/2001, DJ 12/3/2001, p. 512; REsp n. 223.603/SP, STJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 21/2/2000, p. 163).

O próprio Supremo Tribunal Federal recentemente reviu seu posicionamento ao reconhecer que o requisito do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 não pode ser considerado taxativo, acórdão produzido com *repercussão geral* (STF, *RE n. 580963*, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013).

A decisão concluiu que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, pode resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos que, embora o limite legal de renda per capita seja ultrapassado, evidenciam um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Essa insuficiência da regra decorre não só das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais voltados a famílias carentes, considera pobres aqueles com renda mensal per capita de até meio salário-mínimo (nesse sentido, a Lei n. 9.533, de 10/12/97 - regulamentada pelos Decretos n. 2.609/98 e 2.728/99; as Portarias n. 458 e 879, de 3/12/2001, da Secretaria da Assistência Social; o Decreto n. 4.102/2002; a Lei n. 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Ressalte-se que o critério do meio salário mínimo foi estabelecido para outros benefícios diversos do amparo social. Assim, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 como absoluto e único para a aferição da situação de miserabilidade, até

porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluentes da legislação acima citada.

Vale dizer, não se pode tomar como "taxativo" o critério do artigo 20, § 3º, da LOAS, mesmo porque toda regra jurídica deve pautar-se na realidade fática. Entendo pessoalmente que, em todos os casos, outras circunstâncias devem ser levadas em conta, mormente se o patrimônio do requerente também se subsume à noção de hipossuficiência, devendo ser apurado se vive em casa própria, com ou sem ar condicionado, se possui veículo, telefones celulares, auxílio permanente de parentes ou terceiros etc.

Sendo assim, pode-se estabelecer alguns parâmetros norteadores da análise individual de cada caso, como por exemplo:

a) todos os que recebem renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo são miseráveis;

b) nem todos que percebem renda familiar per capita superior a ¼ e inferior a ½ salário mínimo são miseráveis;

c) nem todos que percebem renda familiar per capita superior a ½ salário mínimo deixam de ser miseráveis;

d) todos que perceberem renda mensal familiar superior a um salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) não são miseráveis.

Vamos adiante.

Para se apurar se a renda *per capita* do requerente atinge, ou não, o âmbito da hipossuficiência, faz-se mister abordar o conceito de *família*.

O artigo 20 da Lei n. 8.742/93 estabelecia, ainda, para efeitos da concessão do benefício, os conceitos de família (conjunto de pessoas do art. 16 da Lei n. 8.213/91, desde que vivendo sob o mesmo teto - § 1º), de pessoa portadora de deficiência (aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho - § 2º) e de família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa (aquela com renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo - § 3º).

A Lei n. 12.435, vigente desde 7/7/2011, alterou os §§ 1º e 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, estabelecendo que a família, para fins de concessão do benefício assistencial, deve ser aquela composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Na hipótese de postulante *idoso*, a idade mínima de 70 (setenta) anos foi reduzida para 67 (sessenta e sete) anos pela Lei n. 9.720/98, a partir de 1º de janeiro de 1998, e, mais recentemente, para 65 (sessenta e cinco) anos, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03).

No que se refere ao conceito de *pessoa portadora de deficiência* - previsto no § 2º da Lei n. 8.742/93, com a redação dada pela Lei nº 13.146/2015 -, passou a ser considerada aquela com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Resta consignar que a Assistência Social, tal como regulada na Constituição Federal e

na Lei nº 8.742/93, tem caráter *subsidiário* em relação às demais técnicas de proteção social (previdência social, previdência privada, caridade, família, poupança etc), dada a gratuidade de suas prestações.

Com efeito, levando-se em conta o alto custo do pretendido "Estado de bem-estar social", forjado no Brasil pela Constituição Federal de 1988 quando a grande maioria dos países europeus já haviam reconhecido sua inviabilidade financeira, lícito é inferir que só deve ser prestada em casos de real necessidade, dentro das estritas regras do direito material, sob pena de comprometer a mesma proteção social não apenas das futuras gerações, mas também da atual.

De fato, o benefício previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal tem o valor de 1 (um) salário mínimo, ou seja, a mesma quantia paga a milhões de brasileiros que se aposentaram no Regime Geral de Previdência Social mediante o pagamento de contribuições, durante vários anos.

De modo que a assistência social deve ser fornecida com critério, pois do contrário se gerarão privilégios e desigualdades, em oposição à própria natureza dos direitos sociais que é a de propiciar igualdade, isonomia de condições a todos.

Diga-se de passagem que a concessão indiscriminada do benefício assistencial geraria não apenas injustiça aos contribuintes da previdência social, mas incentivo para que estes parem de contribuir, ou mesmo não se filiem ou não contribuam, o que constitui situação anômala e gravíssima do ponto de vista atuarial.

No mais, não deve o Estado substituir a sociedade em situações onde esta consegue, ela própria, mediante esforço, resolver suas pendências, sob pena de se construir uma sociedade cada vez mais dependente das prestações do Estado e incapaz de construir um futuro social e economicamente viável para si própria.

Nesse diapasão, a proteção social baseada na *solidariedade legal* não tem como finalidade cobrir contingências encontradas somente na letra da lei (dever-ser) e não no mundo dos fatos (ser). Cabe, em casos que tais, à sociedade*(solidariedade social)* prestar na medida do possível assistência aos próximos.

Pertinente, *in casu*, o ensinamento do professor de direito previdenciário Wagner Balera, quando pondera a respeito da dimensão do *princípio da subsidiariedade*: "O Estado é, sobretudo, o guardião dos direitos e garantias dos indivíduos. Cumpre-lhe, assinala Leão XIII, agir em favor dos fracos e dos indigentes exigindo que sejam, por todos respeitados os direitos dos pequenos. Mas, segundo o princípio da subsidiariedade - que é noção fundamental para a compreensão do conteúdo da doutrina social cristã - o Estado não deve sobrepor-se aos indivíduos e aos grupos sociais na condução do interesse coletivo. Há de se configurar uma permanente simbiose entre o Estado e a sociedade, de tal sorte que ao primeiro não cabe destruir, nem muito menos exaurir a dinâmica da vida social I (é o magistério de Pio XI, na Encíclica comemorativa dos quarenta anos da 'Rerum Novarum', a 'Quadragésimo Anno', pontos 79-80)." (Centenárias Situações e Novidade da 'Rerum Novarum', p. 545).

Ademais, quanto a esse tópico, lícito é inferir que quem está coberto pela previdência social (autora é inscrita como dependente do marido) está, *em regra*, fora da abrangência da assistência social. Nesse sentido, prelecionou Celso Bastos, *in verbis*: "A assistência Social tem como propósito satisfazer as necessidades de pessoas que não podem gozar dos benefícios previdenciários, mas o faz de uma maneira comedida, para não incentivar seus assistidos à ociosidade. Concluímos, portanto, que os beneficiários da previdência social estão automaticamente excluídos da assistência social. O benefício da assistência social, frise-se, não pode ser cumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro

regime, salvo o de assistência médica" (Celso Bastos e Ives Gandra Martins, *in* Comentários à Constituição do Brasil, 8o Vol., Saraiva, 2000, p. 429).

CASO CONCRETO

Primeiramente, analiso o requisito (subjetivo) da idade avançada qualificada.

Nos termos dos documentos constantes dos autos, a parte autora possui idade superior a 65 (sessenta e cinco) anos.

Todavia, *não está patenteada a miserabilidade* para fins assistenciais.

O relatório social apontou que a autora vive em casa própria, de bom estado, com o marido aposentado.

As fotos demonstram ótimo estado do imóvel.

Ademais, ela possui 4 (quatro) filhos vivos, todos residentes em casa próprias, mas, pelas informações da própria autora, "são capazes de oferecer ajuda financeira aos genitores".

Ora, o dever de sustento dos filhos não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício é devido *quando o sustento não puder ser provido pela família.*

Não há qualquer informação ou comprovação de que os filhos não podem ajuda-la nos gastos de manutenção.

Evidente que o critério do artigo 20, § 3º, da LOAS não é taxativo, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE n. 580963), devendo a hipossuficiência ser aferida caso a caso.

Mesmo com a exclusão do valor do salário mínimo em relação ao benefício do marido (artigo 34, § único, do EI), não há falar-se em hipossuficiência.

Não há falar-se, em tal contexto, de vulnerabilidade social porque a autora tem acesso aos mínimos sociais.

Não está identificada no caso a penúria ou risco social.

Assim se manifestou a Procuradoria Regional da República:

> A renda família é composta pela aposentadoria auferida pelo cônjuge da requerente no valor de um salário mínimo, o qual deve ser desconsiderado por força da aplicação analógica do artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso.
> Contudo, ainda que desconsiderado o benefício percebido pelo esposa da autora, não se colhe do estudo elementos que revelam carência de recursos para a satisfação das necessidades básicas do núcleo familiar. Vale dizer, o padrão de vida revelado indica que, embora simples, não há risco à subsistência do núcleo familiar (f. 151).

Recentemente, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), ao analisar um *pedido de uniformização* do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), fixou a tese que "o benefício assistencial de prestação continuada pode ser indeferido se ficar demonstrado que os devedores legais podem prestar alimentos civis sem prejuízo de sua manutenção". A decisão aconteceu durante sessão realizada em 23/2/17, em Brasília. Quanto ao mérito, o relator afirmou em seu voto que a interpretação do art. 20, §1º, da Lei n. 8.742/93, conforme as normas veiculadas pelos arts. 203, V, 229 e 230, da Constituição da República de 1988, deve ser no sentido de que "a assistência social estatal não deve afastar a obrigação de prestar alimentos devidos pelos parentes da pessoa em condição de miserabilidade socioeconômica (arts. 1694 e 1697, do Código Civil), em obediência ao princípio da subsidiariedade".

Assim, no caso, a técnica de proteção social prioritária no caso é a *família*, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, *in verbis*:

> Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Vide, no mais, o capítulo anterior deste julgado, sob a rubrica "SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL".

A propósito, decidiu este e. TRF 3ª Região: "O benefício de prestação continuada não tem por fim a complementação da renda familiar ou proporcionar maior conforto ao beneficiário, mas sim, destina-se ao idoso ou deficiente em estado de penúria" (AC 876500. 9ª Turma. Rel. Des. Fed. Marisa Santos. DJU, 04.09.2003).

Cumpre salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer os *desamparados* (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, àquelas pessoas que sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

Indevido o benefício.

Ante o exposto, *conheço da apelação e lhe nego provimento.*

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0011748-53.2018.4.03.9999
(2018.03.99.011748-2)

Apelante: PAULO GOMES CARVALHO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARUJÁ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Classe do Processo: Ap 2301657
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. CONSECTÁRIOS LEGAIS FIXADOS DE OFÍCIO.
1. Os requisitos do benefício postulado são a incapacidade laboral, a qualidade de segurado e a carência, esta fixada em 12 contribuições mensais, nos termos do art. 25 e seguintes da Lei nº 8.213/91. Deve ser observado ainda, o estabelecido no art. 26, inciso II e art. 151, da Lei 8.213/1991, quanto aos casos que independem do cumprimento da carência; bem como o disposto no parágrafo único, do art. 24, da Lei 8.213/1991.
2. Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.
3. No caso dos autos, verifica-se que a parte autora satisfaz os requisitos de qualidade de segurado e de carência. Ademais, a autarquia, em virtude da mesma enfermidade incapacitante, concedeu previamente o benefício de auxílio-doença, no período de 28/10/2001 a 11/04/2011, em consonância com o extrato do CNIS em anexo ao voto.
4. No tocante à incapacidade, No caso vertente, no tocante à incapacidade laboral, o sr. perito judicial concluiu que a parte autora "(...) apresenta seqüela de lesão meniscal, que é a artrose, devido trabalhar como vigilante, que exige ficar longos períodos de ortostatismo, não pode mais exercer sua função. Sugiro readaptação profissional." (fls. 94/95 e 111).
5. Embora a parte autora tenha sido submetida a procedimento de reabilitação profissional, consta do certificado, emitido pela autarquia, que foi "(...) constatada a compatibilidade do potencial laborativo com a função de Vigilante, desde que obedecidas as restrições a: permanecer longo período em pé ou sentado, deambular longos períodos ou em terreno irregular, agachar, correr, subir e descer escadas de forma constante e trabalho em altura (...)".
6. O cotejo entre as restrições apresentadas pela parte autora e as atividades inerentes ao exercício da função de vigilante permitem presumir que esta atividade profissional mostra-se absolutamente incompatível com as limitações físicas mencionadas no certificado de reabilitação profissional, não sendo possível afirmar que o segurado

tenha, de fato, se reabilitado.
7. De acordo com os artigos 59 e 62 da Lei nº 8.213/91, o benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que fica incapacitado para o exercício de suas atividades profissionais habituais, mas, que haja a possibilidade de reabilitação para outra atividade que garanta o seu sustento, como na hipótese.
8. Deste modo, da análise do conjunto probatório, a parte autora faz jus ao benefício de auxílio-doença.
9. O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir do dia subsequente ao de sua cessação administrativa (12/04/2011 - conforme extrato do CNIS em anexo ao voto), pois o início da incapacidade foi estimado pelo sr. perito "(...) em 2000 após o episódio traumático, continuou até 2012, quando realizou a nova cirurgia" (fl. 111), quando passou a ser parcial e permanente.
10. O benefício de auxílio-doença tem presumidamente caráter temporário, ou seja, ainda que concedido por determinação judicial, sua manutenção é passível de ser revista periodicamente em perícia médica designada a critério do INSS, nos termos do art. 71 do Plano de Custeio da Seguridade Social.
11. A teor do art. 101 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, é obrigatório o comparecimento do segurado aos exames médicos periódicos, sob pena de suspensão do benefício, assim como a submissão aos programas de reabilitação profissional, conforme sugerido, ou tratamentos prescritos e custeados pela Previdência Social, ressalvadas as intervenções cirúrgicas e transfusões sanguíneas, porque facultativas.
12. É dever do INSS, portanto, conceder o benefício de auxílio-doença à parte autora e submetê-la a processo de reabilitação profissional, nos termos do referido artigo 62 da Lei nº 8.213/91, mantendo o benefício enquanto a reabilitação não ocorra.
13. No tocante ao termo final do benefício, o INSS deverá submeter a parte autora a reavaliação médica, por meio de nova perícia a ser realizada pela autarquia, ou, se for o caso, submetê-la a processo de reabilitação profissional.
14. Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).
15. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.
16. Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).
17. Deve ser descontado das parcelas vencidas, quando da liquidação da sentença, o período em que haja concomitância de percepção de benefício e remuneração salarial (devidamente comprovado), bem como os benefícios inacumuláveis, eventualmente

recebidos, e, ainda, as parcelas pagas a título de antecipação de tutela.
18. Apelação parcialmente provida. Consectários legais fixados de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e fixar, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de junho de 2018.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de ação pelo procedimento ordinário objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez.

Sentença, à fl. 236, pela improcedência do pedido, uma vez que a parte autora não demostrou incapacidade absoluta para o exercício de qualquer atividade laborativa.

A parte autora interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma integral do julgado, pois, restou comprovada a incapacidade, o que justificaria a concessão de quaisquer dos benefícios pleiteados. Em caso de reforma do julgado, postula a fixação da data de início do benefício a partir da data de entrada do primeiro requerimento administrativo, a condenação da autarquia em honorários advocatícios, a serem arbitrados em 15% (quinze por cento), bem como a aplicação do IPCA-E, como critério de correção monetária, além de juros moratórios correspondentes a 1% (um por cento) ao mês (fls. 239/246).

Sem as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

O benefício da aposentadoria por invalidez está previsto no art. 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91, pelo qual:

> [...] A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.
> § 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança [...].

Por sua vez, o benefício de auxílio-doença consta do art. 59 e seguintes do referido diploma legal, a saber:

> [...] será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos [...].

Os requisitos do benefício postulado são, portanto, a incapacidade laboral, a qualidade de segurado e a carência, esta fixada em 12 contribuições mensais, nos termos do art. 25 e seguintes da Lei nº 8.213/91. Deve ser observado ainda, o estabelecido no art. 26, inciso II e art. 151, da Lei 8.213/1991, quanto aos casos que independem do cumprimento da carência; bem como o disposto no parágrafo único, do art. 24, da Lei 8.213/1991.

> Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.
> Parágrafo único. Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

Quanto à qualidade de segurado, estabelece o art. 15 da Lei nº 8.213/91, que mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: (...) II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração.

O prazo mencionado será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já houver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

No caso dos autos, verifica-se que a parte autora satisfaz os requisitos de qualidade de segurado e de carência. Ademais, a autarquia, em virtude da mesma enfermidade incapacitante, concedeu previamente o benefício de auxílio-doença, no período de 28/10/2001 a 11/04/2011, em consonância com o extrato do CNIS em anexo ao voto.

No caso vertente, no tocante à incapacidade laboral, o sr. perito judicial concluiu que a parte autora "(...) apresenta seqüela de lesão meniscal, que é a artrose, devido trabalhar como vigilante, que exige ficar longos períodos de ortostatismo, não pode mais exercer sua função. Sugiro readaptação profissional." (fls. 94/95 e 111).

Embora a parte autora tenha sido submetida a procedimento de reabilitação profissional, consta do certificado, emitido pela autarquia, que foi "(...) constatada a compatibilidade do potencial laborativo com a função de Vigilante, desde que obedecidas as restrições a: permanecer longo período em pé ou sentado, deambular longos períodos ou em terreno irregular, agachar, correr, subir e descer escadas de forma constante e trabalho em altura (...)".

O cotejo entre as restrições apresentadas pela parte autora e as atividades inerentes ao exercício da função de vigilante permitem presumir que esta atividade profissional mostra-se

absolutamente incompatível com as limitações físicas mencionadas no certificado de reabilitação profissional, não sendo possível afirmar que o segurado tenha, de fato, se reabilitado.

De acordo com os artigos 59 e 62 da Lei nº 8.213/91, o benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que fica incapacitado para o exercício de suas atividades profissionais habituais, mas, que haja a possibilidade de reabilitação para outra atividade que garanta o seu sustento, como na hipótese.

Deste modo, da análise do conjunto probatório, a parte autora faz jus ao benefício de auxílio-doença.

O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir do dia subsequente ao de sua cessação administrativa (12/04/2011 - conforme extrato do CNIS em anexo ao voto), pois o início da incapacidade foi estimado pelo sr. perito "(...) em 2000 após o episódio traumático, continuou até 2012, quando realizou a nova cirurgia" (fl. 111), quando passou a ser parcial e permanente.

O benefício de auxílio-doença tem presumidamente caráter temporário, ou seja, ainda que concedido por determinação judicial, sua manutenção é passível de ser revista periodicamente em perícia médica designada a critério do INSS, nos termos do art. 71 do Plano de Custeio da Seguridade Social.

A teor do art. 101 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, é obrigatório o comparecimento do segurado aos exames médicos periódicos, sob pena de suspensão do benefício, assim como a submissão aos programas de reabilitação profissional, conforme sugerido, ou tratamentos prescritos e custeados pela Previdência Social, ressalvadas as intervenções cirúrgicas e transfusões sanguíneas, porque facultativas.

É dever do INSS, portanto, conceder o benefício de auxílio-doença à parte autora e submetê-la a processo de reabilitação profissional, nos termos do referido artigo 62 da Lei nº 8.213/91, mantendo o benefício enquanto a reabilitação não ocorra. Nesse sentido é o entendimento deste Egrégio Tribunal:

> Comprovada, através de perícia medica, a incapacidade total e temporária para o trabalho, é de rigor a manutenção da concessão do auxílio-doença, cujo benefício deverá fruir até a efetiva reabilitação da apelada ou, caso negativo, ser convertido em aposentadoria por invalidez, consoante determina o artigo 62 da lei n. 8213/91.
> (TRF - 3ª Região, AC nº 300029878-SP, Relator Juiz Theotonio Costa, j. 02/08/1994, DJ 20/07/1995, p. 45173).

No tocante ao termo final do benefício, o INSS deverá submeter a parte autora a reavaliação médica, por meio de nova perícia a ser realizada pela autarquia, ou, se for o caso, submetê-la a processo de reabilitação profissional.

Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção

desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Deve ser descontado das parcelas vencidas, quando da liquidação da sentença, o período em que haja concomitância de percepção de benefício e remuneração salarial (devidamente comprovado), bem como os benefícios inacumuláveis, eventualmente recebidos, e, ainda, as parcelas pagas a título de antecipação de tutela.

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO* para restabelecer o benefício de auxílio-doença, a partir do dia subsequente ao de sua cessação indevida (12/04/2011) e, de ofício, fixo os consectários legais.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora, *PAULO GOMES CARVALHO*, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado de imediato o benefício de *AUXÍLIO-DOENÇA*, com D.I.B. em 12/04/2011, e R.M.I. a ser calculada pelo INSS, tendo em vista os arts. 497 e seguintes do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

É o voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0011768-44.2018.4.03.9999
(2018.03.99.011768-8)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ADELAIDE TARIFE DO NASCIMENTO SIQUEIRA
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CRUZEIRO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: ApReeNec 2301706
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/08/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. ATIVIDADES CONCOMITANTES. SOMA DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE PRINCIPAL. DEFINIÇÃO. MAIOR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS.

1. Os segurados que exercerem atividades concomitantes e preencherem os requisitos necessários para se aposentar com relação a estes vínculos por ocasião do cálculo do benefício, obterão a soma dos respectivos salários-de-contribuição integrantes do período básico de cálculo - PBC.

2. Nas atividades desempenhadas em concomitância àqueles que não completarem todos os pressupostos para a aposentadoria aplicar-se-ão o inciso II, "b" e inciso III do art. 32 da Lei nº 8.213/91, pelo que será considerado um percentual da média dos salários-de-contribuição de cada uma das atividades secundárias.

3. No caso dos autos, a Contadoria Judicial (fl. 138/139) concluiu que "as contribuições com vínculo empregatício, segundo pôde ser apurado pela contadoria, foram por tempo superior durante todo o período laboral, porém se consideramos apenas o período básico de cálculo e os meses em que houve contribuição concomitante, a contribuição individual é superior".

4. O INSS apresentou manifestação às fls. 150/152, afirmando que "deve ser considerada como atividade principal aquela de maior tempo de contribuição dentro e fora do PBC", nos termos da Resolução nº 214/PRES/INSS, concluiu que "o laudo da contadoria às fls. 138/139 está correto ao afirmar que as atividades na categoria de empregado possuem tempo superior durante todo o período laboral".

5. Extrai-se que o INSS não procedeu corretamente o cálculo do benefício, conforme é possível aferir dos documentos de fls. 21/21vº, pois considerou a atividade exercida como contribuinte individual nos períodos de 01/04/2002 a 30/04/2002 e 21/05/2002 a 30/03/2011 como atividade principal de maneira equivocada, tendo em vista que o labor na condição de empregado possui maior tempo de contribuição.

6. Quanto aos honorários advocatícios, em virtude da iliquidez da sentença, a fixação do percentual somente ocorrerá quando da liquidação do julgado, nos termos do art. 85, § 4 º, II, do Código de Processo Civil, observada a regra que estabelece os percentuais aplicáveis nas causas em que a Fazenda Pública for parte, definidos no art. 85, § 3º, do mesmo diploma legislativo.

7. Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o decidido pelo Plenário

do C. STF, no julgamento do RE 870.947/SE, em Repercussão Geral, em 20/09/2017, Rel. Min. Luiz Fux, adotando-se no tocante à fixação dos juros moratórios o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e quanto à atualização monetária, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

8. A autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide. Entretanto, no presente caso, não há falar em custas ou despesas processuais, por ser a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita (fl. 42).

9. Reexame necessário e apelação do INSS parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao reexame necessário e à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de julho de 2018.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Proposta a presente ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando a revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição nº 151.409.799-8/42, mediante incidência do disposto no art. 32 da Lei nº 8.213/91, para declarar como atividade principal a exercida como empregada e como atividade secundária a exercida como contribuinte individual, no período de 12/1998 a 03/2011, sobreveio a r. sentença de procedência do pedido, condenando o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a revisar o benefício da parte autora nos termos pleiteados, bem como a efetuar pagamento das diferenças devidas e dos reflexos nas rendas mensais vincendas, com valores a serem apurados em liquidação de sentença, acrescidas de correção monetária, juros de mora, custas, despesas e honorários advocatícios no percentual de 15% do valor da condenação.

A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformado, o INSS interpôs recurso de apelação, requerendo, em síntese, a fixação dos honorários advocatícios nos termos do art. 85, §3º, do CPC/15, bem como a aplicação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, no que tange à correção monetária.

Sem contrarrazões de apelação, subiram os autos a este Egrégio Tribunal Federal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

A parte autora obteve a concessão de seu benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em 30/03/2011, ou seja, na vigência da atual Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, e da Lei nº 8.213/91, conforme se verifica dos documentos juntados aos autos à fl. 21.

Para fins de cálculo do salário-de-benefício dos segurados que desempenham atividades concomitantes incide o disposto no art. 32 da Lei nº 8.213/91, "in verbis":

> Art. 32. O salário-de-benefício do segurado que contribuir em razão de atividades concomitantes será calculado com base na soma dos salários-de-contribuição das atividades exercidas na data do requerimento ou do óbito, ou no período básico de cálculo, observado o disposto no art. 29 e as normas seguintes:
> I - quando o segurado satisfizer, em relação a cada atividade, as condições do benefício requerido, o salário-de-beneficio será calculado com base na soma dos respectivos salários-de-contribuição;
> II - quando não se verificar a hipótese do inciso anterior, o salário-de-benefício corresponde à soma das seguintes parcelas:
> a) o salário-de-benefício calculado com base nos salários-de-contribuição das atividades em relação às quais são atendidas as condições do benefício requerido;
> b) um percentual da média do salário-de-contribuição de cada uma das demais atividades, equivalente à relação entre o número de meses completo de contribuição e os do período de carência do benefício requerido;
> III - quando se tratar de benefício por tempo de serviço, o percentual da alínea "b" do inciso II será o resultante da relação entre os anos completos de atividade e o número de anos de serviço considerado para a concessão do benefício.
> § 1º O disposto neste artigo não se aplica ao segurado que, em obediência ao limite máximo do salário-de-contribuição, contribuiu apenas por uma das atividades concomitantes.
> § 2º Não se aplica o disposto neste artigo ao segurado que tenha sofrido redução do salário-de-contribuição das atividades concomitantes em respeito ao limite máximo desse salário.

Com efeito, os segurados que exercerem atividades concomitantes e preencherem os requisitos necessários para se aposentar com relação a estes vínculos por ocasião do cálculo do benefício, obterão a soma dos respectivos salários-de-contribuição integrantes do período básico de cálculo - PBC.

Por sua vez, nas atividades desempenhadas em concomitância àqueles que não completarem todos os pressupostos para a aposentadoria aplicar-se-ão o inciso II, "b" e inciso III do art. 32 da Lei nº 8.213/91, pelo que será considerado um percentual da média dos salários-de-contribuição de cada uma das atividades secundárias.

Nesse sentido a jurisprudência da Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. ATIVIDADES CONCOMITANTES. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. ATIVIDADE PRINCIPAL. MAIOR PROVEITO ECONÔMICO. PRECEDENTES.

> I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu,* aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.
> II - Considerando que o art. 32 da Lei n. 8.213/1991 não prevê, de forma expressa, a fórmula de cálculo do salário de benefício na hipótese em que o segurado não preencheu os requisitos para a concessão de aposentadoria em nenhuma das atividades concomitantes, deve ser considerada como atividade principal aquela que proporcionar o maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial. Precedentes.
> III - Recurso especial improvido.
> (REsp 1419667/PR - RECURSO ESPECIAL2013/0386146-0 - Relator(a): Ministra REGINA HELENA COSTA (1157) - Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento: 09/08/2016 - Data da Publicação/Fonte: DJe 23/08/2016)

Na mesma linha, entendimento deste Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

> PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL - ATIVIDADES CONCOMITANTES - SOMA DOS VALORES DA ATIVIDADE PRINCIPAL E SECUNDÁRIA - NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EM AMBAS - ARTIGO 32, INC. II E III - CORREÇÃO DO PROCEDIMENTO UTILIZADO PELO INSS - APELAÇÃO IMPROVIDA.
> - Para obter o cálculo do benefício na forma pretendida, a parte autora deveria comprovar o preenchimento dos requisitos legais em ambas as atividades concomitantes, o que autorizaria a soma dos respectivos salários-de-contribuição.
> - Em não havendo o implemento dos requisitos legais nas duas atividades, toma-se o salário-de-benefício integral da atividade considerada principal - na qual são atendidas as condições legais - e, de outra parte, quando à outra atividade, dita secundária, extrai-se a relação entre os anos completos de atividade e o número de anos de serviço considerado para a concessão do benefício. (art 32, inc. III, Lei nº 8.213/91) Obtidos os subtotais, os valores são somados, resultando no salário-de-benefício efetivo.
> - Inexistência de equívocos nos cálculos de concessão do benefício.
> Manutenção da r. sentença.
> - Apelação improvida.
> (TRF3, AC nº 2003.61.83010852-1, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Eva Regina, DJF3 06/08/2008).

O conceito de atividade não remete somente para a natureza do labor, mas abrange também os vínculos com empregadores diversos, ainda que sob a mesma denominação. Em suma, os segurados que desempenham a mesma profissão para diferentes tomadores de serviço, mesmo que em regime de concomitância, para efeito de cômputo dos salários-de-contribuição, exercem mais de uma atividade.

Em outras palavras, o cálculo do salário de benefício será o somatório integral dos respectivos salários de contribuição, quando satisfeitos os requisitos legais para a concessão de benefício em cada atividade, conforme dispõe art. 32, inciso I da Lei 8.213/91.

Quando o segurado houver preenchido os requisitos para a concessão de benefício em apenas uma das atividades, utiliza-se a média dos salários de contribuição de cada atividade, porém sobre a média das atividades nas quais não foram preenchidos os requisitos legais, aplica-se o percentual resultante da relação entre o número total de meses de contribuição do segurado nas atividades concomitantes e o número de meses de contribuição exigidos pela carência do benefício, ou o número de anos de serviço considerado para a concessão do bene-

fício por tempo de serviço, nos termos do art. 32, incisos II e III da Lei 8.213/91.

É o entendimento da Colenda Décima Turma deste Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ATIVIDADES CONCOMITANTES. CÁLCULO DA RMI. ART. 32 DA LEI 8.213/91.
> I - O salário-de-benefício do segurado que contribuir em razão de atividades concomitantes deve ser calculado nos termos do art. 32 da Lei 8.213/91, somando-se os respectivos salários de contribuição apenas quando satisfizer, em relação a cada atividade, as condições necessárias à concessão do benefício requerido.
> II - No caso dos autos, a segurada não preencheu as condições para o deferimento da jubilação em relação a todas as atividades, de modo que seu salário-de-benefício deve corresponder à soma do salário-de-benefício da atividade principal e de percentuais das médias dos salários-de-contribuição das atividades secundárias (art. 32, II, b, da Lei 8.213/91), considerada como principal aquela que teve maior duração.
> III - Apelação da parte autora improvida.
> (AC 00179467720164039999, Décima Turma, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, j. 09/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2016)

No caso dos autos, a Contadoria Judicial (fl. 138/139) concluiu que "as contribuições com vínculo empregatício, segundo pôde ser apurado pela contadoria, foram por tempo superior durante todo o período laboral, porém se consideramos apenas o período básico de cálculo e os meses em que houve contribuição concomitante, a contribuição individual é superior".

O INSS apresentou manifestação às fls. 150/152, afirmando que "deve ser considerada como atividade principal aquela de maior tempo de contribuição dentro e fora do PBC", nos termos da Resolução nº 214/PRES/INSS, concluiu que "o laudo da contadoria às fls. 138/139 está correto ao afirmar que as atividades na categoria de empregado possuem tempo superior durante todo o período laboral".

Assim sendo, extrai-se que o INSS não procedeu corretamente o cálculo do benefício, conforme é possível aferir dos documentos de fls. 21/21vº, pois considerou a atividade exercida como contribuinte individual nos períodos de 01/04/2002 a 30/04/2002 e 21/05/2002 a 30/03/2011 como atividade principal de maneira equivocada, tendo em vista que o labor na condição de empregado possui maior tempo de contribuição.

Nesse sentido, jurisprudência das Sétima e Nona Turmas desta E. Corte:

> Verifico que, em relação ao primeiro período, de 01/09/1997 a 13/09/2001, reconheço como atividade primária. No entanto, em relação ao segundo período, de 01/03/2002 a 11/02/2009, não há como considerar atividade primária em relação aos recolhimentos individuais, vez que estes foram vertidos em período maior e ininterruptos, de 01/10/1998 a 11/02/2009, tendo em vista que se considera como atividade principal aquela em que houve maior número de contribuições independentemente do valor de cada uma das contribuições, nos termos do art. 29 e 32, II da Lei nº 8.213/91.
> (ApReeNec 00062251120094036108, DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/02/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

> Define-se principal a atividade na qual o segurado exerceu o maior tempo de trabalho e satisfez, isoladamente, as condições ao benefício demandado (art. 32, I), no caso, representado pelos vínculos como empregado (de 1955 a 1980 e de 1983 a 1994); e secundária a atividade executada concomitantemente no menor tempo de duração, no caso, na qualidade de empre-

gador (1981 a 1994), extraindo-se daí a proporcionalidade que irá compor o tempo principal, conforme determina a lei.
(Ap 00019872420064036311, JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/03/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Quanto aos honorários advocatícios, em virtude da iliquidez da sentença, a fixação do percentual somente ocorrerá quando da liquidação do julgado, nos termos do art. 85, § 4 º, II, do Código de Processo Civil, observada a regra que estabelece os percentuais aplicáveis nas causas em que a Fazenda Pública for parte, definidos no art. 85, § 3º, do mesmo diploma legislativo.

Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o decidido pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 870.947/SE, em Repercussão Geral, em 20/09/2017, Rel. Min. Luiz Fux, adotando-se no tocante à fixação dos juros moratórios o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e quanto à atualização monetária, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Por fim, a autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide. Entretanto, no presente caso, não há falar em custas ou despesas processuais, por ser a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita (fl. 42).

Diante do exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO* para excluir da condenação o pagamento das custas e despesas processuais *E, TAMBÉM À APELAÇÃO DO INSS*, para fixar os honorários advocatícios nos termos do art. 85, §§ 3º e 4 º, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como, na forma da fundamentação adotada.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

Direito Processual Civil



AÇÃO RESCISÓRIA
0014384-21.2015.4.03.0000
(2015.03.00.014384-5)

Autor: MARCIO ANTÔNIO DE MENEZES
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: AR 10561
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V E VII DO CPC/73. REVISÃO DE BENEFÍCIO. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS. RUÍDO. REQUISITOS NÃO IMPLEMENTADOS. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI AFASTADA. DOCUMENTO NOVO. PPP EXPEDIDO EM DATA POSTERIOR AO JULGAMENTO. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO NOVO CPC, C/C O ART. 5º, XXXVI DA C.F. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1 - Em se tratando de ação rescisória ajuizada sob a égide do Código de Processo Civil anterior, aplicável o regime jurídico processual de regência da matéria em vigor à época da sua propositura, em hipótese de ultratividade consentânea com o postulado do ato jurídico processual perfeito inscrito no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal e com o artigo 14 do Novo Código de Processo Civil.

2 - A viabilidade da ação rescisória fundada no artigo 485, V do Código de Processo Civil/73 (atual art. 966, V do CPC) decorre da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade, dispensando-se o reexame dos fatos da causa originária.

3 - Hipótese de rescindibilidade prevista no inciso V do artigo 485 do CPC/73 não configurada, pois das razões aduzidas na petição inicial não se pode reconhecer tenha o julgado rescindendo incorrido em interpretação absolutamente errônea da norma regente da matéria, não configurando a violação a literal disposição de lei a mera injustiça ou má apreciação das provas.

4 - O julgado rescindendo foi expresso em afastar a natureza especial do período relativo de 04/12/1998 a 17/03/2011, reconhecendo que o formulário PPP apresentado na ação originária não especificou se a exposição ao agente nocivo ruído se dava de forma habitual e permanente, conforme disposto no art. 57, § 3º da Lei nº 8.213/91, com a redação da Lei nº 9.032/95, em nenhum momento fundamentando a improcedência do pedido formulado na ação originária na falta de apresentação de laudo técnico em complementação ao formulário PPP apresentado pelo autor,

5 - A rescisão do julgado com fundamento em documento novo, prevista no art. 485, VII, do Código de Processo Civil/73 pressupõe a existência cumulativa dos requisitos da sua pré-existência ao julgado rescindendo, o desconhecimento de sua existência pela parte ou a impossibilidade de sua obtenção e sua aptidão de, por si só, alterar o

resultado do julgamento em favor da parte requerente.
6 - Exsurge manifesto não se prestar o novo formulário PPP fornecido pela ex-empregadora como documento idôneo a autorizar o pleito rescisório com base em documento novo, pois se trata de documento expedido em data posterior ao acórdão proferido no julgamento do agravo legal e que manteve a decisão terminativa rescindenda, ocorrido em 12/05/2014, constituindo fato novo superveniente e não documento novo já existente ao tempo do processo em que proferido o julgado rescindendo.
7 - Ação rescisória improcedente.
8 - Condenação da parte autora ao pagamento de verba honorária, que arbitro moderadamente em R$ 1.000,00 (hum mil reais), de acordo com a orientação firmada por esta E. Terceira Seção, com a ressalva de se tratar de parte beneficiária da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2018.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Marcio Antônio de Menezes contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS com fundamento no artigo 485, V e VII Código de Processo Civil/73, atual artigo 966, V e VII do Código de Processo Civil, visando desconstituir o v.acórdão proferido pela E. Oitava Turma desta Corte, que negou provimento ao agravo legal e manteve a decisão terminativa proferida pela Exma. Desembargadora Federal Tânia Marangoni, no julgamento da apelação cível e remessa oficial nº 2012.61.03.003666-8/SP, que deu provimento à apelação do INSS e à remessa oficial para reformar a sentença de mérito proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de São José dos Campos/SP e julgar improcedente a ação revisional de benefício previdenciário versando a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição de que é titular o requerido em aposentadoria especial, mediante o reconhecimento da natureza especial das atividades desempenhadas no período de 04/12/1998 a 17/03/2011, em que esteve exposto ao agente nocivo ruído.

Sustenta o requerente ter o julgado rescindendo incidido em violação à literal disposição do artigo 68, § 2º do Decreto nº 3.048/99, por ser desnecessária a apresentação de laudo técnico para a comprovação do agente insalubre, bastando o formulário PPP como meio de prova suficiente para a comprovação da especialidade da atividade desempenhada pelo autor. Alega que a decisão administrativa negou o enquadramento no período em razão do uso de EPI eficaz, de forma que inviável a exigência de laudo na esfera judicial em complementação ao PPP apresentado.

Sustenta ainda o requerente ter obtido documento novo, consistente em novo formulário

PPP fornecido pela ex-empregadora, contendo a informação expressa de que a exposição ao agente nocivo ruído se dava de modo habitual e permanente, não eventual nem intermitente, documento apto, por si só, à concessão do benefício.

Pugna pela desconstituição do julgado rescindendo e, em sede do Juízo rescisório, seja proferido novo julgamento reconhecendo a natureza especial dos períodos questionados e a conversão do benefício atual em aposentadoria especial a partir do requerimento administrativo, 19/04/2011.

A fls. 106 foram concedidos os benefícios da justiça gratuita ao requerente.

Citado, o INSS apresentou contestação, sustentando a improcedência do pedido de rescisão fundado no artigo 485, VII do CPC/73, pois o PPP apresentado como documento novo foi emitido em 18/05/2015, após a prolação da decisão rescindenda, de forma que não ostenta a qualidade de novo para fins rescisórios, além de não ter sido justificada a impossibilidade de sua apresentação oportuna na ação originária.

Alega ainda não se encontrar demonstrada a hipótese de rescindibilidade do art. 485, V do CPC/73, por pretender o autor unicamente a renovação da lide e o reexame do quadro fático probatório produzido na ação originária. Subsidiariamente, pede a fixação dos efeitos financeiros da eventual condenação na data da citação na presente ação rescisória, a prescrição quinquenal e juros de mora a partir da citação.

Com réplica.

Sem dilação probatória, as partes apresentaram razões finais.

No parecer, o Ministério Público Federal opinou pela improcedência da ação rescisória.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Em se tratando de ação rescisória ajuizada sob a égide do Código de Processo Civil anterior, entendo aplicável o regime jurídico processual de regência da matéria em vigor à época da sua propositura, em hipótese de ultratividade consentânea com o postulado do ato jurídico processual perfeito inscrito no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal e com o artigo 14 do Código de Processo Civil.

Verifico que não houve o transcurso do prazo decadencial de 02 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil/73, atual artigo 975, *caput* do Código de Processo Civil, considerada a data do trânsito em julgado do v.acórdão rescindendo, 25.06.2014 (fls. 98) e a data do ajuizamento do feito, 25.06.2015

Do Juízo Rescindente:

Quanto à questão de fundo, dispõe o art. 485, V, do Código de Processo Civil/73:

> Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> (...)
> V - violar literal disposição de lei.

A viabilidade da ação rescisória fundada no artigo 485, V do CPC/73 decorre da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego de tal modo aberrante que viole o dis-

positivo legal em sua literalidade, dispensando-se o reexame dos fatos da causa originária.

O pleito rescisório reside na alegação de violação ao artigo 68, § 2º do Decreto nº 3.048/99, com a redação vigente à época do requerimento administrativo, com o teor seguinte:

> Art. 68. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, consta do Anexo IV.
> (...)
> § 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 2001)

O autor propôs ação revisional de benefício previdenciário cujo objeto é o reconhecimento da especialidade das atividades exercidas junto à empresa General Motors do Brasil Ltda., no período de 04/12/1998 a 17/03/2011, com a conversão da aposentadoria por tempo de serviço de que é titular em aposentadoria especial, desde a DER em 19.04.20011.

A decisão terminativa rescindenda acolheu o apelo do INSS e a remessa oficial e reformou a sentença para reconhecer a improcedência do pedido formulado na ação originária, nos termos seguintes:

> Cuida-se de pedido de alteração de aposentadoria por tempo de contribuição para aposentadoria especial, com o reconhecimento de atividade exercida em condições especiais.
> A Autarquia Federal foi citada em 13/08/2012.
> A sentença julgou procedente o pedido, para fins de: a) reconhecer a especialidade da atividade desempenhada entre 04/12/1998 a 17/03/2011, somando aos demais períodos reconhecidos administrativamente; b) converter a aposentadoria por tempo de contribuição que o autor recebe atualmente (NB 155.832.374-8) em aposentadoria especial, desde 19/04/2011 (DER); c) condenar o réu no pagamento dos valores retroativos, a partir da DER, acrescidos de correção monetária e juros de mora, seguindo os indexadores disciplinados no "Manual de Orientações de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal", descontados os valores já pagos administrativamente, a título de aposentadoria. Condenou, ainda, o réu ao pagamento de honorários advocatícios da parte adversa, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, para cujo cálculo só poderão ser consideradas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença (Súmula 111 do STJ). Isentou de.
> A decisão foi submetida ao reexame necessário.
> Inconformada, apela a Autarquia Federal, sustentando em síntese que não restou comprovada a atividade especial, conforme determina a legislação previdenciária vigente, com o laudo técnico de condições ambientais, contemporâneo ao período questionado, demonstrando a efetiva exposição aos agentes insalubres. Argumenta que a utilização de Equipamento de Proteção Individual - EPI descaracteriza a insalubridade da atividade, não fazendo jus à aposentadoria especial.
> Recebido e processado o recurso, com contrarrazões subiram os autos a este Egrégio Tribunal.
> É o relatório.
> A questão em debate consiste na possibilidade de se reconhecer o trabalho especificado na inicial em condições especiais para propiciar a alteração da aposentadoria por tempo de serviço integral para de aposentadoria especial.
> Tal aposentadoria está disciplinada pelos arts. 57, 58 e seus §s da Lei nº 8.213/91, para os

períodos laborados posteriormente à sua vigência e, para os pretéritos, pelo art. 35 § 2º da antiga CLPS.
O benefício é regido pela lei em vigor no momento em que reunidos os requisitos para sua fruição, mesmo tratando-se de direitos de aquisição complexa, a lei mais gravosa não pode retroagir exigindo outros elementos comprobatórios do exercício da atividade insalubre, antes não exigidos, sob pena de agressão à segurança, que o ordenamento jurídico visa preservar.
De se observar que o ente previdenciário enquadrou como especial, no processo administrativo, o interstício de 10/09/1985 a 03/12/1998, de acordo com o documento de fls. 17/18, restando, portanto, incontroverso.
Na espécie, questiona-se o período de 04/12/1998 a 17/03/2011, pelo que a antiga CLPS e a Lei nº 8.213/91, com as respectivas alterações incidem sobre o respectivo cômputo, inclusive quanto às exigências de sua comprovação.
A legislação de regência exige a demonstração do trabalho exercido em condições especiais, através do formulário emitido pela empresa empregadora e, tratando-se de exposição ao ruído, não se prescinde do respectivo laudo técnico a revelar o nível de ruído ambiental a que estaria exposto o autor.
In casu, para demonstrar a especialidade da atividade, o requerente juntou o perfil profissiográfico previdenciário de fls. 36, indicando que trabalhou na empresa General Motors do Brasil Ltda, no período de 10/09/1985 a 17/03/2011 (data de emissão do PPP), exercendo diversas funções, estando exposto ao agente agressivo ruído de 91db(A), no entanto, para o enquadramento a partir de 28/04/1995 se faz necessária a exposição ao agente agressivo de forma habitual e permanente, conforme dispõe o §3º, do artigo 57, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, o que não restou demonstrado no perfil profissiográfico, impedindo o reconhecimento como especial do labor.
Logo, o autor não faz jus ao reconhecimento da especialidade da atividade, no interstício questionado.
Confira-se:
"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. LAUDO TÉCNICO. NÃO COMPROVAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO INSUFICIENTE. ERRO MATERIAL.
I - A jurisprudência firmou-se no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado serviço especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida.
II - Somente a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, é exigível a apresentação de laudo técnico para comprovar a efetiva exposição aos agentes agressivos e/ou nocivos à saúde.
III - As informações devem ser concludentes acerca da nocividade do ambiente em que o segurado exerce seu mister, não se admitindo dados imprecisos com o fito de configurar a atividade especial. Destarte, não há de ser reconhecida atividade especial sem comprovação da prejudicialidade das condições de trabalho ou que não possa ser enquadrada segundo o grupo profissional enumerado nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, no caso de serviço prestado até a edição da Lei nº 9.032, de 28.04.1995, o que não se configura no caso em tela.
IV - Em não sendo reconhecida a condição especial da atividade prestada, o autor não atinge o tempo de serviço necessário para a obtenção do benefício.
V - (...)
VI - Apelação do autor improvida. Erro material conhecido, de ofício."
(TRF 3ª Região - AC 200603990069254 - AC - Apelação Cível - 1089966 - Décima Turma - DJU data:14/03/2007, pág.: 608 - rel. Juiz Sergio Nascimento).
Assentados esses aspectos, tem-se que o autor não cumpriu a contingência, ou seja, o tempo de serviço por período superior a 25 (vinte e cinco) anos, de modo a satisfazer o requisito temporal previsto no art. 57, da Lei nº 8.213/91.
Em face da inversão do resultado da lide, restam prejudicados os demais pontos do apelo.

Nos termos do artigo 557, do CPC, dou provimento ao reexame necessário e ao apelo autárquico para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de alteração da aposentadoria por tempo de contribuição para aposentadoria especial. Isenta a parte autora de custas e honorária, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita - artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal. (Precedentes RESP 27821-SP, RESP 17065-SP, RESP 35777-SP, RESP 75688-SP, Rext 313348-RS).
P.I., baixando os autos, oportunamente, à Vara de origem.

No tocante ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado e à forma da sua demonstração, deve ser observada a legislação vigente à época da prestação do trabalho, conforme jurisprudência pacificada da matéria (STJ - Pet 9.194/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 03/06/2014).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a matéria passou a ser prevista no inciso II do artigo 202 e disciplinada no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, cuja redação original previa que o benefício de aposentadoria especial seria devido ao segurado que, após cumprir a carência exigida, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, restando assegurada, ainda, a conversão do período trabalhado no exercício de atividades danosas em tempo de contribuição comum (§3º).

Em seguida, foi editada a Lei nº 9.032/95, alterando o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, dispondo que a partir desse momento não basta mais o mero enquadramento da atividade exercida pelo segurado na categoria profissional considerada especial, passando a ser exigida a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, que poderá se dar por meio da apresentação de informativos e formulários, tais como o SB-40 ou o DSS-8030.

Posteriormente, com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, que estabeleceu requisitos mais rigorosos para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, passou-se a exigir-se a apresentação de laudo técnico para a caracterização da condição especial da atividade exercida. Todavia, por se tratar de matéria reservada à lei, tal exigência apenas tem eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997.

Cumpre observar que a Lei nº 9.528/97 também passou a aceitar o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, documento que busca retratar as características de cada emprego do segurado, de forma a facilitar a futura concessão de aposentadoria especial. Assim, identificado no documento o perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, é possível a sua utilização para comprovação da atividade especial em substituição ao laudo pericial.

Especificamente em relação ao ruído, o Decreto nº 53.831/64 considerava insalubre o labor desempenhado com exposição permanente a ruído acima de 80 dB; já o Decreto nº 83.080/79 fixava a pressão sonora em 90 dB. Na medida em que as normas tiveram vigência simultânea, prevalece disposição mais favorável ao segurado (80 dB).

Com a edição do Decreto nº 2.172/97, a intensidade de ruído considerada para fins de reconhecimento de insalubridade foi elevada para 90 dB, mas, em 2003, essa medida foi reduzida para 85 dB, por meio do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003.

Em relação ao agente ruído, vigora o princípio do *tempus regit actum*. Considera-se especial a atividade desenvolvida acima do limite de 80dB até 05/03/1997, quando foi editado o Decreto nº 2.172/97, a partir de então deve-se considerar especial a atividade desenvolvida acima de 90dB até 18/11/2003, quando foi editado o Decreto nº 4882/2003. A partir de

19/11/2003 o limite passou a ser de 85 dB.

Saliente-se que a especialidade do tempo de trabalho é reconhecida por mero enquadramento legal da atividade profissional (até 28/04/95), por meio da confecção de informativos ou formulários (no período de 29/04/95 a 10/12/97) e via laudo técnico ou perfil profissiográfico previdenciário (a partir de 11/12/97).

O julgado rescindendo foi expresso em afastar a natureza especial do período relativo de 04/12/1998 a 17/03/2011, reconhecendo que o formulário PPP apresentado na ação originária não especificou se a exposição ao agente nocivo ruído se dava de forma habitual e permanente, conforme disposto no art. 57, § 3º da Lei nº 8.213/91, com a redação da Lei nº 9.032/95.

Em nenhum momento o julgado rescindendo fundamentou a improcedência do pedido formulado na ação originária na falta de apresentação de laudo técnico em complementação ao formulário PPP apresentado pelo autor.

De fato, no formulário PPP que instruiu a ação originária não há qualquer informação acerca da continuidade da exposição do autor ao agente nocivo, informação cuja relevância decorre da necessidade do esclarecimento se se tratava de exposição de natureza não eventual ou intermitente, de modo a atender a exigência contida na Lei de Benefícios.

Como se vê, a pretensão rescindente deduzida reside precipuamente na rediscussão dos requisitos para o reconhecimento do caráter especial dos períodos alegados como de labor insalubre e é direcionada exclusivamente ao questionamento do critério de valoração da prova produzida na ação originária adotado pelo julgado rescindendo, fundamentado no livre convencimento motivado, pretendendo sua revaloração segundo os critérios que entende corretos.

Tal pretensão se afigura inadmissível na via estreita da ação rescisória com fundamento no artigo 485, V do CPC/73, ante o notório o intento da requerente de obter o reexame das provas produzidas na demanda originária e o seu rejulgamento.

Das razões aduzidas na petição inicial não se pode reconhecer tenha o julgado rescindendo incorrido a hipótese de rescindibilidade prevista no inciso V do artigo 485 do CPC/73, pois não veiculou interpretação absolutamente errônea da norma regente da matéria, não configurando a violação a literal disposição de lei a mera injustiça ou má apreciação das provas.

Nesse sentido a orientação pacífica da Egrégia Terceira Seção deste Tribunal Regional Federal:

> AÇÃO RESCISÓRIA. CPC, ARTIGO 485, INCISO V. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. PRETENSÃO DE NOVA ANÁLISE DO CASO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI.
> (...)
> - A rescisória não se confunde com nova instância recursal, exigindo-se que o posicionamento seguido desborde do razoável, agredindo a literalidade ou o propósito da norma, não servindo à desconstituição, com fulcro no inciso V do artigo 485 do CPC, a veiculação de pedido com base em mera injustiça ou má apreciação das provas.
> (TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0008904-67.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, julgado em 22/05/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/06/2014)

> AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO. PEDIDO DE RESCISÃO QUE DEPENDE DE REEXAME DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA QUE SE JULGA IMPROCEDENTE.

1) Na ação rescisória, não se examina o direito da parte, mas a decisão passada em julgado, que só se rescinde nos específicos casos do art. 485 do CPC.
2) Os dispositivos tidos por violados (arts. 157, IX, da CF de 1946, e 165, X, da CF de 1967, e arts. 55, § 3º, e 106, da Lei 8213/91) só se aplicam a quem tenha exercido atividade laboral (no caso, rural).
3) O colegiado, analisando as provas (material e testemunhal), concluiu que, no período questionado (de 2/12/1964 a 1/11/1975), o autor não era trabalhador rural , mas estudante.
4) Logo, não há como concluir que tenha havido violação a literal disposição de lei ou erro de fato, pois que, além da controvérsia sobre o tema, houve pronunciamento judicial sobre ele.
5) A má apreciação da prova não autoriza o exercício da ação rescisória.
6) Ação rescisória que se julga improcedente .
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0046332-25.2008.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, julgado em 08/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/08/2013)

AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDO DE RESCISÃO COM BASE EM VIOLAÇÃO À LEI RESCISÃO QUE DEPENDE DE REEXAME DA CAUSA ORIGINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DO ART. 285-A DO CPC.
1) Se o julgador da ação originária, analisando as provas colhidas naquela demanda, concluiu que a atividade exercida pelo obreiro (Chefe de Manutenção) estava sujeita a agentes insalubres, não cabe ao julgador da rescisória afirmar o contrário, pois que, para isso, teria de reexaminá-la (provas, fundamentos, etc.), o que não corresponde a nenhuma das causas de rescisão elencadas no art. 485 do CPC.
2) Ainda que se concluísse que a especialidade da atividade se concentrava em determinados períodos da jornada de trabalho do obreiro, o julgador da rescisória não poderia afirmar que houve violação à lei, pois que, para isso, teria que se filiar a uma das tantas possíveis correntes que têm por especial a totalidade ou a parcialidade da jornada sob tais agentes. Assim, se a interpretação da norma não destoa do razoável, não há como acoimar o julgado de violador da lei.
3) Tratando-se de demanda em que o acolhimento do pedido de rescisão do julgado depende de reexame da causa originária, não há como vislumbrar venha a ser acolhido pelo colegiado desta Terceira Seção, razão pela qual não há sentido em se movimentar toda a máquina judiciária para, ao final, chegar ao único resultado tantas vezes aqui proclamado. Inteligência do art. 285-A do CPC.
4) Agravo regimental improvido.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0014751-16.2013.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO LEONARDO SAFI, julgado em 12/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/09/2013)

No mesmo sentido a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO CONFIGURAÇÃO. JULGADO FUNDADO NA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. NOVO REJULGAMENTO DA CAUSA EM RESCISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DE ÍNDOLE RESTRITA. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
1. (...).
2. A violação a literal dispositivo de lei autoriza o manejo da ação rescisória apenas se do conteúdo do julgado que se pretende rescindir extrai-se ofensa direta a disposição literal de lei, dispensando-se o reexame de fatos da causa.
3. Demanda rescisória não é instrumento hábil a rediscutir a lide, pois é de restrito cabimento, nos termos dos arts. 485 e seguintes do CPC.

> 4. Decisão recorrida que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, tendo em vista a ausência de argumentos novo s aptos a modificá-la.
> 5. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 450.787/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 26/05/2014)

Conclui-se, portanto, não ter restado caracterizada a hipótese de rescindibilidade previstas no art. 485, V do Código de Processo Civil/73, impondo-se a rejeição da pretensão rescindente deduzida.

Quanto à hipótese de rescindibilidade fundada em documento novo, o art. 485, VII, do Código de Processo Civil/73 dispõe:

> Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> (...)
> Vll - depois da sentença, o autor obtiver documento novo , cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de Ihe assegurar pronunciamento favorável;

A caracterização de documento novo pressupõe a existência cumulativa dos requisitos da sua pré-existência ao julgado rescindendo, o desconhecimento de sua existência pela parte ou a impossibilidade de sua obtenção e sua aptidão de, por si só, alterar o resultado do julgamento em favor da parte requerente. Veja-se:

> RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. DEVOLUTIVIDADE DA INFRINGÊNCIA. OBSERVÂNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. DOCUMENTO NOVO APTO A JULGAMENTO FAVORÁVEL AO DEMANDANTE. INEXISTÊNCIA. PATENTE INOVAÇÃO EM SEDE DE RESCISÓRIA DA TESE DEFENSIVA ARTICULADA NA AÇÃO DA QUAL EXSURGIU A COISA JULGADA. INADMISSIBILIDADE. PRETENSÃO DE ANÁLISE DE QUESTÕES QUE SE RESUMEM AO CONTEXTO FÁTICO APRECIADO PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. ATRAÇÃO DO ENUNCIADO N. 7/STJ.
> 1. Ausência de negativa de prestação jurisdicional. O debate procedido na origem foi longo e os votos compreensivos de tudo o quanto alegado pelas partes, remanescendo, quando da interposição dos embargos de declaração, irresignação acerca das conclusões fixadas no julgado e não, propriamente, a existência de omissões acerca de pontos relevantes da controvérsia.
> 2. Inexistência de extravaso nos limites cognitivos dos embargos infringentes. A potencialidade de o documento novo vir a favorecer o demandante imiscuiu-se com a sua prestabilidade e relevância como prova de quitação, ou seja, o iudicium rescissorium. Presença no acórdão que julgou a pretensão rescisória da parcialidade também quanto à prova da quitação dos valores que foram objeto de cobrança na ação anterior.
> 3. O documento novo apto a dar ensejo à rescisão, segundo doutrina e jurisprudência dominante, é aquele: a) existente à época da decisão rescindenda; b) ignorado pela parte ou que dele ela não poderia fazer uso; c) por si só apto a assegurar pronunciamento favorável; d) guarde relação com fato alegado no curso da demanda em que se originou a coisa julgada que se quer desconstituir.
> 4. Caso concreto em que a Corte de origem reconheceu não guardarem relação, os documentos apresentados, com fato alegado na ação originária, não evidenciarem a quitação da obrigação objeto de cobrança em ação transitada em julgado, nem ter-se escusado o demandante de sua não apresentação em momento processual oportuno.
> 5. Manutenção da decisão de improcedência da ação rescisória.

6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
(REsp 1293837/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 06/05/2013)

No mesmo sentido a jurisprudência da Egrégia 3ª Seção desta Corte, consoante os precedentes seguintes:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. ELEMENTOS DE PROVA. EXPRESSO PRONUNCIAMENTO. ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. DOCUMENTO NOVO. INEXISTÊNCIA.
1 - O *decisum* foi claro na exposição do fundamento que levou ao provimento do apelo da Autarquia Previdenciária e, consequentemente, à reforma da sentença de primeiro grau, concessiva da aposentadoria por idade.
2 - O autor pretende o reexame da prova produzida, ao que não se presta a ação rescisória, a qual não se confunde com nova instância recursal, mas se constitui meio excepcional de impugnação, não se prestando, dessa forma a apreciar justiça ou injustiça da decisão rescindenda.
3 - Em se tratando de documento novo, é necessário que ele já existisse ao tempo do processo no qual se proferiu a sentença rescindenda e que o mesmo seja capaz, por si só, de alterar o resultado da decisão impugnada.
4 - documento s já apresentados na ação subjacente não serão considerados aos fins pretendidos.
5 - documento de cunho particular não tem a mesma força probante daqueles expedidos por órgãos públicos, especialmente quando não esclarece qual a atividade exercida pelo freguês.
6 - A Certidão expedida pela Secretaria Municipal de Saúde (fl. 28), foi constituída em 26 de julho de 1999 e, portanto, não existia ao tempo da demanda subjacente, proposta em 25 de novembro de 1997.
7 - Pedido rescisório julgado improcedente.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0039896-65.1999.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES, julgado em 24/03/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2011 PÁGINA: 285)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DOCUMENTOS NOVOS. NÃO SE AMOLDAM AO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO. REQUISITOS DO INCISO VII DO ART. 485 NÃO PREENCHIDOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
I - Considera-se documento novo, apto a autorizar o decreto de rescisão, aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da ação rescisória, ou que dele não pôde fazer uso. O documento deve ser de tal ordem que, por si só, seja capaz de alterar o resultado da decisão rescindenda e assegurar pronunciamento favorável.
II - No caso específico do trabalhador rural é tranquila a orientação no sentido de que é possível inferir a inexistência de desídia ou negligência da não utilização de documento preexistente, quando do ingresso da ação original, aplicando-se a solução *pro misero*.
III - Os documento s apresentados como novos são insuficientes para garantir à autora o pronunciamento favorável, tendo em vista que o julgado rescindendo aceitou a certidão de casamento, constando o marido lavrador, como início de prova material e negou o benefício em face da fragilidade da prova testemunhal.
IV - Os documentos apontados como novos, ainda que apresentados no feito originário, não seriam suficientes, de per si, a modificar o resultado do julgamento exarado naquela demanda e, por conseguinte, não bastam para o fim previsto pelo inciso VII do art. 485.
V - Rescisória improcedente. Isento de custas e honorária em face da gratuidade de justiça - artigo 5º inciso LXXIV da Constituição Federal (Precedentes: REsp 27821-SP, REsp 17065-SP, REsp 35777-SP, REsp 75688-SP, RE 313348-RS).

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0021917-41.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, julgado em 11/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/09/2014)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. DOCUMENTO NOVO INSERVÍVEL. PREEXISTÊNCIA NÃO COMPROVADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.
I. O documento apontado como novo , o qual consiste na sentença proferida no âmbito da Justiça do Trabalho em 28/03/2012, reconhecendo vínculo empregatício do de cujus, foi produzido em momento posterior ao trânsito em julgado da ação originária, ocorrido em 30/03/2011, não podendo aparelhar a ação rescisória com supedâneo no art. 485, inc. VII, do CPC. A demanda trabalhista também foi ajuizada posteriormente, sendo autuada em 27/01/2012.
II. Reputa-se documento novo a ensejar a propositura da ação rescisória, aquele que preexistia ao tempo do julgado rescindendo, cuja existência era ignorada pelo autor ou do qual não pôde fazer uso oportune tempore, ou seja, no curso da ação subjacente. Ademais, é preponderante que o documento novo seja de tal ordem capaz, por si só, de alterar o resultado do julgado rescindendo, assegurando pronunciamento judicial favorável à parte autora. Precedentes do C. STJ.
III. A existência do documento deve ser, ao menos, concomitante ao da prolação da decisão que se pretenda rescindir e, no caso dos autos, o documento apresentado pela autora foi produzido posteriormente ao trânsito em julgado da ação primeva, e desse modo, jamais poderia ter sido objeto de conhecimento do Juízo que apreciou a demanda originária.
IV. Além disso, o documento apresentado pela autora não poderia, por si só, assegurar o provimento da ação em seu favor, já que, muito embora a sentença trabalhista reconheça vínculo empregatício do seu falecido esposo, não há informação expressa acerca do período da relação de emprego reconhecido, razão pela qual não se presta a provar a qualidade de segurado do falecido. Porquanto, o documento novo é inservível à desconstituição do julgado rescindendo.
V. Não restou concretizada a hipótese de rescisão prevista art. 485, inc. VII, do CPC.
VI. Agravo Legal não provido.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0015273-77.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 14/08/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2014)

No caso presente, verifico o não preenchimento dos requisitos de admissibilidade do pleito rescisório com base em documento novo.

A parte autora invoca como documento novo o formulário PPP constante de fls. 11/14, expedido em 18/05/2015, do qual consta a exposição a ruído de 91 dB no período de 04/12/1998 a 17/03/2011, constando a observação de que a "exposição a fatores de risco ocorreram de maneira habitual, permanente, não ocasional nem intermitente." (fls. 14), suprindo a omissão verificada no formulário PPP que instruiu a ação originária.

No caso presente, exsurge manifesto não se prestar o novo formulário PPP fornecido pela ex-empregadora como documento idôneo a autorizar o pleito rescisório com base em documento novo, pois se trata de documento expedido em data posterior ao acórdão proferido no julgamento do agravo legal e que manteve a decisão terminativa rescindenda, ocorrido em 12/05/2014, constituindo fato novo superveniente e não documento novo já existente ao tempo do processo em que proferido o julgado rescindendo.

Incabível assim o acesso à via da ação rescisória com base em documento novo que não existia à época da prolação da decisão rescindenda, quando esta emitiu provimento de mérito acerca da matéria de fato segundo a prova produzida nos documentos que instruíram a inicial da ação originária.

Desta forma não restaram caracterizadas as hipóteses de rescindibilidade previstas no artigo 485, V e VII do Código de Processo Civil/73.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente ação rescisória.

Condeno a parte autora ao pagamento de verba honorária, que arbitro moderadamente em R$ 1.000,00 (hum mil reais), de acordo com a orientação firmada por esta E. Terceira Seção, com a ressalva de se tratar de parte beneficiária da justiça gratuita.

É como VOTO.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0020273-29.2015.4.03.9999
(2015.03.99.020273-3)

Apelante: OTONIEL DA SILVA BEZERRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO MANUEL - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: Ap 2068128
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESCONTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DECORRENTE DE ALIMENTOS. RESTITUIÇÃO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE.
I- Encontra-se acostada aos autos a cópia da decisão judicial que determinou os descontos a título de pensão alimentícia do benefício previdenciário do autor. De toda a documentação acostada aos autos, verifica-se também que a autarquia, em cumprimento à decisão judicial, efetuou os descontos no aludido benefício, bem como o autor procedeu voluntariamente ao depósito do valor da pensão diretamente na conta bancária da alimentada. Ocorre que não há que se falar em condenação do INSS à restituição dos valores pagos pelo autor voluntariamente, uma vez que a autarquia apenas procedeu ao cumprimento da determinação do Juízo. Como bem asseverou o MM. Juiz *a quo*: "(...) diante da farta prova documental colacionada no feito, não verifico qualquer irregularidade praticada pelo requerido, pois as parcelas da pensão alimentícia foram sendo depositadas sem que o INSS soubesse de tal procedimento, o autor simplesmente não comunicou que estava efetuando o pagamento das pensões alimentares diretamente na conta bancária da beneficiada, logo, não tem razão o autor em tentar reaver os valores descontados de seu benefício previdenciário. Vale dizer, foi o próprio autor que provocou a situação posta em juízo, por isso mesmo não pode querer agora reaver os valores descontados, ou seja, a culpa é exclusiva do autor. Mesmo que assim não fosse, tem respaldo o argumento do instituto quando afirma que não havia outra conduta a ser realizada senão providenciar os descontos do benefício previdenciário do autor, pois não existia nenhuma ordem judicial contrária, vez que foi por ordem judicial que os descontos se deram, como o próprio autor narra na inicial, desse modo, para interromper os descontos o caminho deveria ser o mesmo, também por ordem judicial. É razoável pensar assim, estranho seria se não fosse dessa forma. Via de consequência, não há nenhuma responsabilidade a ser apurada contra o requerido, se quiser o autor buscar a devida indenização deve busca-la contra a beneficiária da pensão alimentícia, porque esta é quem recebeu duas vezes pelo mesmo direito, enriquecendo-se ilicitamente" (fls. 126).
II- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, afirmando, em síntese, que autorizou o pagamento de pensão alimentícia mediante o desconto em seu auxílio doença, conforme ação cautelar anteriormente ajuizada na 1ª Vara da Comarca de São Manuel/SP (processo nº 551/04). Alega o autor que acabou depositando diretamente o valor de R$1.885,86 na conta bancária da alimentanda, no entanto, os descontos em seu benefício no período de janeiro a novembro de 2007 pela autarquia continuaram sem qualquer justificativa, totalizando R$1.987,00, motivo pelo qual requer seja autarquia condenada à restituição de tais valores.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apelou a parte autora, requerendo a reforma integral do *decisum*.

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

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, afirmando, em síntese, que autorizou o pagamento de pensão alimentícia mediante o desconto em seu auxílio doença, conforme ação cautelar anteriormente ajuizada na 1ª Vara da Comarca de São Manuel/SP (processo nº 551/04). Alega o autor que acabou depositando diretamente o valor de R$1.885,86 na conta bancária da alimentanda, no entanto, os descontos em seu benefício no período de janeiro a novembro de 2007 pela autarquia continuaram sem qualquer justificativa, totalizando R$1.987,00, motivo pelo qual requer seja autarquia condenada à restituição de tais valores.

O INSS, em sua contestação, alega que ao efetuar os aludidos descontos apenas cumpriu a determinação judicial, uma vez que o simples fato de o requerente ter efetuado o pagamento dos valores referentes à pensão alimentícia não retira o dever da autarquia de cumprir a ordem judicial de realizar os descontos.

De fato, encontra-se acostada aos autos a cópia da decisão judicial que determinou os descontos a título de pensão alimentícia do benefício previdenciário do autor. De toda a documentação acostada aos autos, verifica-se também que a autarquia, em cumprimento à decisão judicial, efetuou os descontos no aludido benefício, bem como o autor procedeu voluntariamente ao depósito do valor da pensão diretamente na conta bancária da alimentada.

Ocorre que não há que se falar em condenação do INSS à restituição dos valores pagos pelo autor voluntariamente, uma vez que a autarquia apenas procedeu ao cumprimento da determinação do Juízo. Como bem asseverou o MM. Juiz *a quo*: "(...) diante da farta prova documental colacionada no feito, não verifico qualquer irregularidade praticada pelo requerido, pois as parcelas da pensão alimentícia foram sendo depositadas sem que o INSS soubesse de tal procedimento, o autor simplesmente não comunicou que estava efetuando o pagamento das pensões alimentares diretamente na conta bancária da beneficiada, logo, não tem razão o autor em tentar reaver os valores descontados de seu benefício previdenciário. Vale dizer, foi o próprio autor que provocou a situação posta em juízo, por isso mesmo não pode querer agora reaver os valores descontados, ou seja, a culpa é exclusiva do autor. Mesmo que assim não fosse, tem respaldo o argumento do instituto quando afirma que não havia outra conduta a ser realizada senão providenciar os descontos do benefício previdenciário do autor, pois não existia nenhuma ordem judicial contrária, vez que foi por ordem judicial que os descontos se deram, como o próprio autor narra na inicial, desse modo, para interromper os descontos o caminho deveria ser o mesmo, também por ordem judicial. É razoável pensar assim, estranho seria se não fosse dessa forma. Via de consequência, não há nenhuma responsabilidade a ser apurada contra o requerido, se quiser o autor buscar a devida indenização deve busca-la contra a beneficiária da pensão alimentícia, porque esta é quem recebeu duas vezes pelo mesmo direito, enriquecendo-se ilicitamente" (fls. 126).

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0015774-31.2017.4.03.9999 (2017.03.99.015774-8)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 33
Interessado: ODILON CAMELO LIMA
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE HORTOLÂNDIA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: ApReeNec 2241419
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDAMENTE PAGO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 115, § 3º DA LEI 8.213/91 (MP Nº 780/17). LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO

- Conquanto sejam os embargos declaratórios meio específico para escoimar o acórdão dos vícios que possam ser danosos ao cumprimento do julgado, não se constata a presença de contradições, obscuridades ou omissões a serem supridas, uma vez que o v. acórdão embargado motivadamente, de forma clara e precisa, decidiu pela impropriedade da via processual eleita para cobrança do débito oriundo do pagamento indevido de benefício previdenciário, uma vez que o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.350.804/PR, sob o rito dos recursos repetitivos, assentou a inadequação da execução fiscal para a cobrança de valores pagos em decorrência de benefício previdenciário indevido.
- No que se refere à recente inclusão do § 3º no artigo 115 da Lei 8.213/91, pela Medida Provisória nº 780/17, cumpre ressaltar que se trata de nova hipótese normativa, não contemplada na legislação pretérita, nem mesmo a título interpretativo, razão pela qual, por ser novação jurídica, somente pode regular ações ajuizadas após a vigência da nova lei, sendo inviável a sua retroatividade.
- Agasalhado o v. Acórdão recorrido em fundamento consistente, não se encontra o magistrado obrigado a exaustivamente responder a todas as alegações das partes, nem tampouco ater-se aos fundamentos por elas indicados ou, ainda, a explanar acerca de todos os textos normativos propostos, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 1.022, do CPC.
- O Recurso de Embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.
- A explanação de matérias com finalidade única de estabelecer prequestionamento a justificar cabimento de eventual recurso não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 1.022, do CPC.
- Embargos de declaração improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Trata-se de embargos de declaração, opostos pela Autarquia Federal, em face do v. Acórdão que, por unanimidade, negou provimento ao seu apelo, mantendo a r. sentença que julgou extinta a execução fiscal que moveu o INSS contra Odilon Camelo Lima.

Alega o embargante, em síntese, a ocorrência de omissão no julgado, posto que a decisão proferida por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.350.804-PR, estaria equivocada, uma vez que na época em que fora proferida o INSS já contava com autorização legal para a inscrição na dívida ativa de seus créditos, albergada pelo artigo 115, § 3º, da MP nº 780/2017. Invoca os artigos 493 do NCPC e 462 do antigo CPC, que tratam sobre casos constitutivos, modificativos e extintivos do direito, afirmando que a aplicação da novel legislação no presente feito respeita os princípios da razoabilidade e da eficiência, na medida em que evita a propositura de uma nova execução fiscal. Sustenta que o STJ já se pronunciou acerca da possibilidade de aplicação do artigo 462 do antigo CPC, cuja redação é praticamente igual a do art. 493 do NCPC, nos casos de modificação legislativa superveniente.

Prequestiona a matéria.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Não merece acolhida o recurso interposto pelo embargante, por inocorrentes as falhas apontadas.

Conquanto sejam os embargos declaratórios meio específico para escoimar o acórdão dos vícios que possam ser danosos ao cumprimento do julgado, não se constata a presença de contradições, obscuridades ou omissões a serem supridas, uma vez que o v. acórdão embargado motivadamente, de forma clara e precisa, decidiu pela impropriedade da via processual eleita para cobrança do débito oriundo do pagamento indevido de benefício previdenciário, uma vez que o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.350.804/PR, sob o rito dos recursos repetitivos, assentou a inadequação da execução fiscal para a cobrança de valores pagos em decorrência de benefício previdenciário indevido.

No que se refere à recente inclusão do § 3º no artigo 115 da Lei 8.213/91, pela Medida Provisória nº 780/17, cumpre ressaltar que se trata de nova hipótese normativa, não contempla-

da na legislação pretérita, nem mesmo a título interpretativo, razão pela qual, por ser novação jurídica, somente pode regular ações ajuizadas após a vigência da nova lei, sendo inviável a sua retroatividade.

Nesta esteira, agasalhado o v. acórdão recorrido em fundamento consistente, não se encontra o magistrado obrigado a exaustivamente responder a todas as alegações das partes, nem tampouco ater-se aos fundamentos por elas indicados ou, ainda, a explanar acerca de todos os textos normativos propostos, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 1.022 do CPC.

Da mesma forma, a pretensão do embargante de apreciação detalhada das razões expendidas para fins de prequestionamento visando justificar a interposição de eventual recurso, do mesmo modo merece ser afastada.

A finalidade do prequestionamento não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 1.022, do CPC.

Por essas razões, nego provimento aos embargos de declaração.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS
0000239-52.2018.4.03.0000
(2018.03.00.000239-4)

Requerente: SUL AMÉRICA CIA. DE SEGURO SAÚDE
Requerida: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: IncResDemR 19
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2018

DECISÃO

Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas proposto por SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, acerca da "obrigatoriedade de observância da Lei 9.703/1998, que dispõe sobre os depósitos judiciais de tributos e contribuições federais, principalmente no que diz respeito à atualização pela TAXA SELIC dos depósitos efetuados a partir de 1º de dezembro de 1998, nos precisos termos do inciso I, do §3º, do artigo 1º c/c artigo 4º".

Alegou que: (1) há decisões divergentes sobre a matéria entre as Turmas do TRF da 3ª Região, o que tem ocasionado insegurança jurídica, mormente pela sorte do recurso ser definida no ato da distribuição; (2) o autor interpôs o AI 5005009-03.2018.4.03.0000, nos autos de mandado de segurança 2000.61.00.010564-9, ainda pendente de julgamento no tribunal, que tem como objeto a mesma discussão jurídica aqui travada; (3) A CEF não direcionou os depósitos judiciais dos autos para o Tesouro Nacional, nos moldes da lei 9.703/1998, mantendo-os em conta sujeita à TR - Taxa Referencial, em contrariedade à decisão judicial; (4) a CEF nunca esteve juridicamente impedida de cumprir os ditames da Lei 9.703/1998, pois a ordem judicial contida no Ofício 143/GA01/L1.100/98, de suspensão dos efeitos da referida lei, não poderia ter aplicado efeitos erga omnes, usurpando a competência do STF para o controle de constitucionalidade concentrado; (5) o depósito judicial não é investimento, devendo ser corrigido e restituído na mesma razão do débito; (6) com a edição da Lei 9.703/1998, todos os depósitos relativos aos tributos federais ficaram sujeitos as suas regras, revogadas implicitamente todas as leis anteriores que dissessem respeito ao tema; (7) a questão de direito conta com inúmeras decisões conflitantes no âmbito desta Corte, com potencialidade de repetição em demandas futuras; e (8) embora as decisões apontadas como conflitantes tenham inclinação pela tese sustentada pela CEF, em todos os casos analisados pelo STJ, oriundos do TRF da 3ª Região, ocorreu a reforma do julgado.

Foram juntadas peças da ação originária e julgamentos com as decisões que entende conflitantes.

DECIDO.

Para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, instituto jurídico previsto no novel Código de Processo Civil, há dois requisitos concomitantes:

> Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
> I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
> II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Leciona a abalizada doutrina que o "incidente tem por objetivo, à semelhança do que já ocorre com muitos institutos do CPC em vigor, proporcionar uniformização do entendimento acerca de certa tese jurídica. A decisão que deve ser considerada, a respeito de certa tese jurídica comum a inúmeras ações, ocorre, quando se utiliza esse instituto, no segundo grau de jurisdição. O teor da decisão do Tribunal é o ponto de partida para que os juízes singulares decidam seus processos." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil - artigo por artigo. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1396).

Inicialmente, ressalte-se que o IRDR não deve originar-se de um caso específico ou pretender unicamente a solução jurídica para a ação do qual é extraído.

Busca-se a solução equânime para atuais e futuras ações que se encontrem na mesma situação jurídica, permitindo a pacificação jurisprudencial de matérias eminentemente de direito e que venham sendo enfrentadas divergentemente pelos órgãos do Poder Judiciário.

No caso, o autor do incidente objetiva alcançar, na verdade, o próprio comando judicial pretendido no agravo de instrumento 5005009-03.2018.4.03.0000, que impugna a decisão de piso que considerou inaplicável a Lei 9.703/1998 aos depósitos judiciais realizados no período de abril de 2000 a abril de 2003, incidindo somente a correção monetária pela TR, nos moldes do artigo 3º do Decreto-Lei 1.737/1979, combinado com o artigo 11, §1º, da Lei 9.289/1996. No seu entender, o Juízo agravado realizou controle abstrato de constitucionalidade ao suspender os efeitos da referida lei, usurpando competência constitucional do Supremo Tribunal Federal.

A petição inicial para além de delimitar o direito em tese que pretende ver analisado no âmbito do presente IRDR, insurge-se claramente contra decisão do Juízo da 1ª Vara Federal de São Paulo, repetindo, aqui, os argumentos do agravo de instrumento, ainda pendente de julgamento, especialmente a contrariedade ao conteúdo do Ofício 143/GA1/L1.100/98, que determinou à CEF que não transferisse depósitos para a conta do Tesouro Nacional sem a concordância do depositante ou sem determinação judicial.

Mutatis mutandis, confira-se o precedente desta Corte:

> INCRESDEMR 0013662-50.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. COTRIM GUIMARÃES, e-DJF3 17/08/2017:
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS EM EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA CONTRA A SOCIEDADE EMPRESÁRIA. AUSÊNCIA DE REPETIÇÃO DE PROCESSOS E DE CONTROVÉRSIA SOBRE A MESMA QUESTÃO DE DIREITO. INCIDENTE NÃO ADMITIDO.
> I - O artigo 976 do Código de Processo Civil de 2015 prevê a possibilidade de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.
> *II - O incidente de resolução de demandas repetitivas não pode ser utilizado como sucedâneo da ação rescisória ou para a exclusiva satisfação de pretensão pessoal, referente a caso específico, uma vez que o inciso I do artigo 976 do Código de Processo Civil requer a existência de efetiva repetição de processos que contenham a mesma questão unicamente de direito.*
> III - Hipótese dos autos em que os requerentes apontam controvérsia a respeito da responsabilidade tributária a eles atribuída, na condição de sócios de sociedade empresária, em três execuções fiscais específicas, pois foram excluídos do polo passivo de duas execuções e mantidos numa terceira, o que não atende ao requisito da necessidade de repetição de processos.
> IV - Inexistência de controvérsia a ensejar a instauração do incidente. A manutenção no polo passivo de uma das execuções fiscais decorreu do fato específico de o débito se tratar de

contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados e não repassadas ao INSS, matéria que não foi discutida por ocasião do reconhecimento da ausência de responsabilidade dos sócios pelos débitos cobrados nas outras duas execuções fiscais.
V - Incidente não admitido.

De outra ponta, o requerente deve, efetivamente, comprovar a contenda judicial envolvendo a matéria jurídica, de modo que não restem dúvidas tanto da repetição da matéria quanto das decisões conflitantes, bem como da possibilidade de novas decisões divergentes, a afetar a isonomia e a segurança jurídica.

Da análise dos julgados apresentados, verifica-se que nem todos compreendem matéria unicamente de direito, um dos requisitos do incidente, pois, ao contrário, alguns versam sobre a utilização pelo depositante da guia simples em detrimento da utilização da guia DARF (artigo 1º, na Lei 9.703/1998), o que acarretaria o depósito para conta judicial e não para a conta única do Tesouro Nacional, constatando-se que naquelas ações também se discutiu matéria fática, que não guarda estrita correlação com o direito em tese que se busca uniformizar.

Neste sentido, o precedente:

IncResDemR 0004063-53.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA, e-DJF3 18/05/2018:
PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PREVIDENCIÁRIO. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO EM RAZÃO DA ECLOSÃO DE MOLÉSTIA INCAPACITANTE EM MOMENTO ANTERIOR À EVENTUAL PERDA DAQUELA CONDIÇÃO.
1. Constituem requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas: a ocorrência simultânea de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; a inexistência de recurso repetitivo afetado por Tribunal Superior para a definição de tese sobre a mesma matéria.
2. *Além disso, o ofício ou a petição apresentada para a instauração do incidente deverá ser instruída com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos à sua admissão.*
3. Nas causas que versam sobre benefícios por incapacidade, a análise do preenchimento do requisitos, inclusive no que diz respeito à manutenção da qualidade de segurado, no caso em que o trabalhador deixa de contribuir em razão da eclosão de moléstia incapacitante em momento anterior à eventual perda daquela condição, impõe o exame do conjunto probatório carreado aos autos, bem como a análise da efetiva incapacidade para o desempenho de atividade profissional, levando-se em consideração as suas condições pessoais, tais como aptidões, habilidades, grau de instrução e limitações físicas.
4. A matéria versada nos autos não é unicamente de direito, uma das condições necessárias para a admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas.
5. Incidente não admitido.

Reputa-se, pois, não comprovada cabalmente a repetida discrepância dos entendimentos judiciais.

Ademais, divisa-se dos julgados apresentados, resolução de matéria de fato, insindicável pelo instituto processual em análise.

Ante o exposto, inadmito o incidente.

São Paulo, 31 de julho de 2018.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0012813-83.2018.4.03.9999
(2018.03.99.012813-3)

Apelante: MARIA APARECIDA DA SILVA CARRIEL
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE APIAI - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: Ap 2302975
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/07/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ABANDONO DE CAUSA NÃO CARACTERIZADO. PENSÃO POR MORTE. AÇÃO MOVIDA EM NOME PRÓPRIO PELA GUARDIÃ DOS FILHOS MENORES DA FALECIDA SEGURADA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 485, IV, DO CPC. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. JUSTIÇA GRATUITA.
I - Para se caracterizar o abandono de causa, deve estar evidenciado o elemento subjetivo, consubstanciado na vontade inequívoca do autor em não mais prosseguir com o feito.
II - No caso vertente, a autora, em sua apelação, apresentou nova procuração, constituindo nova advogada, de modo que, sopesando todo o contexto fático, concluo que a parte autora, em que pese sua imprudência ao deixar de informar ao Juízo seu endereço atualizado, não tinha real intenção de abandonar a causa.
III - No caso dos autos, observa-se claramente a ilegitimidade ativa da autora para atuar na causa, tendo em vista que ajuizou a presente ação, em nome próprio, para que a pensão pela morte de sua genitora lhe seja concedida, na qualidade de guardiã de seus irmãos menores.
IV - A autora é carecedora de ação, pois a pensão por morte, nos termos do artigo 74 da LBPS, é paga aos dependentes do segurado falecido e ela, na condição de filha maior de 21 anos, não ostenta tal qualidade. Assim, teriam legitimidade para pleitear tal benefício os irmãos menores da demandante, ainda que por ela representados e/ou assistidos, porém não a requerente em nome próprio.
V - Honorários advocatícios fixados em R$1.000,00 (um mil reais), conforme previsto no artigo 85, §§ 4º, III, e 8º, do CPC. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.
VI - Apelação da parte autora improvida. Mantida a extinção do feito sem resolução do mérito, embora por fundamento diverso (artigo 485, VI, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento

à apelação da parte autora, mantendo a extinção do feito sem resolução do mérito, embora por fundamento diverso (artigo 485, VI, do CPC), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de julho de 2018.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou extinta, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, III, c/c parágrafo único, do CPC, ação previdenciária em que objetiva a parte autora a concessão do benefício de pensão por morte, decorrente do falecimento de Alzira Carriel Monteiro. Não houve condenação em custas e honorários advocatícios, por ser a demandante beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Em suas razões recursais, alega a parte autora que o processo foi extinto em virtude da procuração outorgada à sua advogada estar incorreta, mas que tal questão foi regularizada em janeiro de 2016, e que desde então aguardava a citação do INSS, que apresentou resistência à sua pretensão, de modo que a partir daquele momento o feito se encontrava pronto para julgamento. Aduz que não lhe foi dada oportunidade para indicar novo patrono, bem como para atualizar seu endereço, o que configurou cerceamento de defesa, ocasionando-lhe prejuízo irreparável. Argumenta que igualmente poder-lhe-ia ser designado, "de ofício" novo procurador do convênio que a OAB/SP mantém com a Defensoria Pública. Sustenta que promoveu a presente ação, buscando o rateio da pensão por morte decorrente do falecimento de sua genitora, atualmente percebida exclusivamente por seu pai, tendo em vista que seus irmãos menores, dos quais é guardiã, igualmente fazem jus ao benefício, na forma do artigo 77 da Lei nº 8.213/91. Afirma que o magistrado *a quo* agiu com excesso de rigor processualístico ao extinguir o feito sem resolução do mérito, já que este poderia ter sido julgado no estado em que se encontrava. Pugna pelo deferimento do benefício almejado, com o pagamento dos atrasados acrescidos de correção monetária e juros de mora, estes contados da citação, bem como pela condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios equivalentes a 15% dos valores devidos até a data da prolação do acórdão desta Corte.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Regional.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Pleiteia a parte autora, Maria Aparecida da Silva Carriel, a concessão do benefício de pensão por morte, decorrente do falecimento de Alzira Carriel Monteiro, sua genitora, argumentando que embora o benefício esteja sendo integralmente recebido por seu pai, Samuel da Silva Cardoso, seus cinco irmãos menores ficaram sob sua guarda e responsabilidade. Aduz, dessa forma, que ela faz jus ao rateio do benefício, na condição de guardiã dos filhos menores da instituidora.

No caso dos autos, o magistrado *a quo*, verificando que a procuração inicialmente apresentada pela autora mencionava ação diversa da que foi proposta, visto que outorgava poderes para a propositura de ação de "Guarda - Modificação de Guarda com ou sem Regulamentação de Visitas" (fl. 07), e considerando ser cediço que o convênio DPE/OAB não prevê o pagamento de ações na área previdenciária, determinou à advogada que esclarecesse tal fato ou regularizasse o instrumento de mandato, no prazo legal (fl. 25).

A patrona, destarte, afirmou que abriria mão dos honorários advocatícios, e que atuaria de forma voluntária, por não ser possível retificar a área de atuação nos termos do Convênio acima mencionado (fl. 28/29).

Ato contínuo, o Juiz de primeiro grau ordenou à causídica que juntasse nova procuração, com poderes específicos para o ajuizamento da presente demanda, no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento da inicial e arquivamento (fl. 30).

A demandante peticionou, informando que Após verificação junto ao responsável pelo Convênio da Defensoria, constatou-se que o modelo padrão de Procuração é enviado através do Sistema, em formato PDF para o site da Defensoria e que os procuradores nomeados somente imprimem o documento, não havendo possibilidade de retificar qualquer dado inserido pelo funcionário. Aduziu, dessa forma, que todos os atos praticados pela procuradora seriam ratificados em audiência (fl. 37/39).

Após a citação do INSS e o oferecimento de contestação, o magistrado singular determinou a intimação pessoal da parte autora, para constituir novo procurador, considerando a situação atual da advogada constituída, que estaria com mandado de prisão a cumprir, e dar andamento ao feito, no prazo de cinco dias, sob pena de extinção do processo (fl. 60).

À fl. 64 foi acostada certidão expedida pelo oficial de justiça, dando conta da impossibilidade de cumprir o mandado de intimação, ante a não localização da demandante, consignando, ainda, sobre a inconsistência de dados de endereço declinados na petição inicial.

Diante do quadro acima narrado, o julgador *a quo*, com fundamento no artigo 274, parágrafo único, do CPC, presumiu válida a intimação levada a efeito pelo meirinho e, entendendo caracterizado o abandono de causa, julgou extinto o presente feito, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, III, c/c parágrafo único, do CPC

Com efeito, é consabido que o art. 485, inciso III, §1º, do CPC, determina a intimação pessoal do autor para que este promova atos e diligências que lhe compete, sob pena de configuração de abandono de causa por mais de 30 (trinta) dias, a ensejar a decretação da extinção do processo, sem resolução do mérito.

Por outro lado, para se caracterizar o abandono de causa, deve estar evidenciado o elemento subjetivo, consubstanciado na vontade inequívoca de o autor em não mais prosseguir com o feito. Nesse sentido, é o comentário dos insignes Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que abaixo transcrevo:

> Abandono da causa pelo autor. Para que se verifique esta causa de extinção do processo, é necessário o elemento subjetivo, isto é, a demonstração de que o autor deliberadamente quis abandonar o processo, provocando sua extinção...
> (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante; 14ª edição; pág. 625)

No caso vertente, a autora, em sua apelação, apresentou nova procuração, constituindo nova advogada, de modo que, sopesando todo o contexto fático, concluo que a parte autora, em que pese sua imprudência ao deixar de informar ao Juízo seu endereço atualizado, não

tinha real intenção de abandonar a causa.

Não obstante, merece ser mantida a extinção do feito, sem resolução do mérito, porém por fundamento diverso.

Com efeito, a pensão por morte constitui benefício da Previdência Social, regulado pelo artigo 74 da Lei 8.213/91, que visa a proteger o conjunto dos dependentes do segurado que falecer.

No caso dos autos, observa-se claramente a ilegitimidade ativa da autora para atuar na causa, tendo em vista que ajuizou a presente ação, em nome próprio, para que a pensão pela morte de sua genitora lhe seja concedida, na qualidade de guardiã de seus irmãos menores.

Prevê o artigo 17 do CPC que "Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade". E em seu artigo 18 estabelece que "Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico".

Daí decorre que somente aquele que se diz detentor de um direito subjetivo material é que pode pleiteá-lo em juízo, ou, em outras palavras, somente aquele que, em tese, é titular do direito pleiteado é que está autorizado a postular um provimento jurisdicional que o garanta.

Nesta linha de raciocínio, a autora é carecedora de ação, pois a pensão por morte é paga aos dependentes do segurado falecido e ela, na condição de filha maior de 21 anos, não ostenta tal qualidade. Assim, teriam legitimidade para pleitear tal benefício os irmãos menores da demandante, ainda que por ela representados e/ou assistidos, porém não a requerente em nome próprio.

Por outro lado, o artigo 485, §3º do CPC determina que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado, da matéria relativa à legitimidade das partes.

Diante do exposto, *nego provimento à apelação da parte autora, mantendo a extinção do feito sem resolução do mérito, embora por fundamento diverso (artigo 485, VI, do CPC).*

Honorários advocatícios fixados em R$1.000,00 (um mil reais), conforme previsto no artigo 85, §§ 4º, III, e 8º, do CPC. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

Direito Processual Penal



EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE
0002169-94.2015.4.03.6181
(2015.61.81.002169-2)

Embargante: ALCEU RODRIGUES SIMÕES
Embargada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: EIfNu 71108
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/07/2018

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. SONEGAÇÃO FISCAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. COMPARTILHAMENTO. POSSIBILIDADE.
1. A divergência estabeleceu-se quanto à comprovação da materialidade delitiva do crime de sonegação fiscal, tendo em vista que o conjunto probatório que a fundamenta estaria lastreado na quebra de sigilo bancário efetivada pela Receita Federal, sem autorização judicial.
2. O Supremo Tribunal Federal decidiu ser possível, a partir do julgamento do RE nº 601.314/SP (Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, j. 24.02.2016, Repercussão Geral, DJe-198, DIVULG 15.09.2016 PUBLIC 16.09.2016), o compartilhamento dos dados obtidos pela Receita Federal do Brasil para fins de instrução processual penal. Além disso, o Plenário do Supremo, em sessão virtual, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional (RE 1.055.941 RG /SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.04.2018, DJe-083 DIVULG 27.04.2018 PUBLIC 30.04.2018).
3. Diante desse claro posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a quem compete, precipuamente, a guarda da Constituição (CF, art. 102, *caput*), cumpre acatar tal jurisprudência, adequando a ela os casos apresentados a este Tribunal. Há também precedente do Superior Tribunal de Justiça adotando essa jurisprudência: (HC 422.473/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.03.2018, DJe 27.03.2018).
4. Prevalência dos votos vencedores, que afastaram a ilicitude da prova obtida em conformidade com o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01.
5. Embargos infringentes não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de julho de 2018.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos por ALCEU RODRIGUES SIMÕES (fls. 375/387) em face de acórdão (fls. 350/372) da Quinta Turma desta Corte Regional que, por maioria, deu provimento à apelação do Ministério Público Federal (MPF) para condenar o embargante, pela prática do crime previsto no art. 1º, I, c.c. o art. 12, I, ambos da Lei nº 8.137/90, à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída por duas penas restritivas de direitos, nos termos do voto do Relator, Desembargador Federal Paulo Fontes, acompanhado pelo voto do Desembargador Federal André Nekatschalow. A ementa do acórdão é a seguinte:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, I, DA LEI 8137/90. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ILICITUDE DA PROVA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. LICITUDE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. APELAÇÃO MINISTERIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.
> 1. O réu, na qualidade de sócio e administrador da empresa estabelecida em São Paulo, reduziu tributos relativos ao ano-calendário de 2007, ao omitir das autoridades fazendárias informações acerca de fatos geradores de obrigação tributária, que deveriam constar da Declaração Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) e da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), relativas ao ano mencionado.
> 2. Sentença absolutória - impossibilidade de quebra de sigilo bancário diretamente pela Receita Federal.
> 3. Quebra de sigilo bancário legal. Precedentes.
> 4. O Supremo Tribunal Federal assentou que o esgotamento da via administrativa é condição de procedibilidade da ação penal nos crimes contra a ordem tributária, e que, enquanto pendente o procedimento administrativo, fica suspenso o curso do prazo prescricional. Crédito tributário constituído.
> 5. Materialidade demonstrada pelo procedimento administrativo fiscal.
> 6. Autoria comprovada pelo conjunto probatório.
> 7. Dolo configurado.
> 8. Dosimetria da pena. Pena-base no mínimo legal. Não há atenuantes ou agravantes. Na terceira fase da dosimetria, incide a causa de aumento do art. 12, I da Lei 8.137/90, em razão do valor do tributo somarR$7.824.929,16 (sete milhões, oitocentos e vinte e quatro mil, novecentos e vinte e nove reais e dezesseis centavos), perfazendo uma pena definitiva de 2 anos e 8 meses de reclusão.
> 9. Fixado o regime inicial aberto, os termos do art. 33 do CP.
> 10. Pena de multa fixada em consonância com a privativa de liberdade em 13 dias-multa no valor de 1/30 do salario mínimo vigente ao tempo dos fatos.
> 11.Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais definir a entidade beneficiária, o local de prestação de serviços e observar as aptidões do réu e prestação pecuniária no valor de 20 (vinte) salários mínimos, a ser revertida em prol de entidade beneficente, também indicada pelo Juiz da Execução
> 12. Apelação do Ministério Público Federal provida para considerar lícita a prova coligida através da quebra de sigilo bancário e condenar o acusado pelo cometimento do crime descrito no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

Ficou vencido o Desembargador Federal Mauricio Kato, que negava provimento à apelação.

Em suas razões, a defesa pretende a prevalência do voto vencido, ante a ilegalidade dos elementos de prova que respaldam a condenação, que se originaram da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento dos embargos infringentes (fls. 393/400).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

ALCEU RODRIGUES SIMÕES foi absolvido pela 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, da imputação prevista no art. 1º, I, c.c. o art. 12, I, ambos da Lei nº 8.137/90, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

A Quinta Turma desta Corte, por maioria, deu provimento ao recurso de apelação da acusação para condenar o réu à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída por duas penas restritivas de direitos. O voto vencido negava provimento à apelação, mantendo a absolvição do acusado da prática do delito, por serem imprestáveis as provas de materialidade e autoria que derivam da indevida quebra de sigilo bancário.

A divergência, portanto, estabeleceu-se quanto à comprovação da materialidade e autoria delitivas do crime de sonegação fiscal, tendo em vista que o conjunto probatório que a fundamenta estaria lastreado na quebra de sigilo bancário efetivada pela Receita Federal, sem autorização judicial.

O voto do Relator reconheceu a possibilidade de a Receita Federal acessar diretamente os dados bancários dos réus, nos seguintes termos:

> A sentença recorrida julgou improcedente a ação penal para absolver o acusado do cometimento do crime descrito no artigo 1º, inciso I, c/c art. 12, inciso I, ambos da Lei nº 8.137/90, com amparo no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, sob o fundamento da ilicitude da prova colhida mediante a quebra do sigilo bancário.
> A insurgência recursal posta pelo órgão ministerial reside na licitude da prova colhida mediante a quebra do sigilo bancário pela autoridade fazendária, objetivando a condenação do réu nos termos da peça acusatória.
> A controvérsia posta nesta seara foi enfrentada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 2.386, 2.397 e 2.859, bem como no RE nº 601.314, tendo entendido o Pretório Excelso pela constitucionalidade do acesso da Receita Federal a dados protegidos pelo sigilo bancário.
> Apesar de aparentemente não se ter discutido a questão da transferência dos dados pela Receita ao Ministério Público, o mesmo raciocínio adotado no julgamento deve ser aplicado nessa situação. A decisão foi assim publicada: "Por maioria, o Tribunal fixou, quanto ao item 'a' do tema em questão, a seguinte tese: 'O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do

princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal'; e, quanto ao item 'b', (...)", o julgamento foi realizado pelo Tribunal Pleno, em 24.02.2016.
Ainda, reputa-se que há de se aplicar a mesma disciplina prevista para o relacionamento entre o Banco Central e o Parquet, que foi tratada explicitamente na Lei Complementar 105/2001 e que, outrossim, era a mesma desde a Lei 4.595/64.
(...)
Ademais, a teor do art. 198, § 3º, inciso I, do Código Tributário Nacional (com redação dada pela Lei Complementar 104/2001), não é vedada a divulgação de informações, para representação com fins penais, obtidas por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.
Dessa maneira, sendo legítimos os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo fiscal, mostra-se lícita sua utilização para fins da persecução criminal.
Logo, partindo da premissa de que a autoridade fazendária estava legalmente autorizada a acessar os dados bancários da empresa, a partir da instauração do procedimento administrativo fiscal, carece de plausibilidade a alegada ilicitude das provas fiscais que embasaram a denúncia, haja vista que, como já ressaltado, não encontra amparo legal a tese de que o acesso aos dados bancários que viabilizaram o trabalho da Administração Fazendária não poderia ter embasado a denúncia que inaugurou a ação penal.
(...)
A prova carreada aos autos derivada da quebra do sigilo bancário não está eivada de nulidade e resta suficientemente apta a demonstrar a materialidade do delito definido no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, reformando-se a sentença recorrida que absolveu o denunciado, com supedâneo no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.
(fls. 357/359v)

De outro lado, o voto vencido entendeu que a quebra do sigilo bancário só serve como prova em processo penal se autorizada judicialmente, sob os seguintes fundamentos:

Consta da denúncia que o réu Alceu Rodrigues Simões, na condição de efetivo administrador da empresa "Acser Serviços Temporários e Tercerizados Ltda. reduziu tributos federais devidos pela pessoa jurídica, relativos ao ano-calendário de 2007, mediante a omissão de informações à Receita Federal. O crédito tributário constituído assumiu o montante de R$ 7.824.929,16 (sete milhões, oitocentos e vinte e quatro mil, novecentos e vinte e nove reais e dezesseis centavos) em 27.06.2013.
O magistrado de 1º grau julgou improcedente a pretensão punitiva e absolveu Alceu Rodrigues Simões da imputação prevista no art. 1º, I, c.c. art. 12, I, ambos da Lei 8.137/90 por falta de materialidade delitiva, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.
Sustenta o Ministério Público Federal que a prova produzida é lícita, já que decorrente de quebra de sigilo bancário realizada pela autoridade fazendária, a qual está autorizada a acessar diretamente dados bancários do contribuinte, a partir de procedimento administrativo fiscal.
O e. relator deu provimento ao recurso da acusação, afastou a ilicitude da prova oriunda da quebra de sigilo bancário e condenou o réu à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pelo cometimento do crime descrito no artigo 1º, inciso I, c/c artigo 12, inciso I, ambos da Lei nº 8.137/90
No particular, entendo ser o caso de manter a absolvição do acusado, pois a comprovação dos fatos descritos na denúncia somente foi possível a partir da quebra de sigilo bancário de forma ilícita, qual seja, por autoridade administrativa, sem autorização judicial.
A inviolabilidade do sigilo de dados, inserta no artigo 5º, XII, da Constituição Federal

> correlaciona-se com as garantias fundamentais da intimidade e privacidade, insculpidas no inciso X, do mesmo artigo e, conquanto não se revistam de caráter absoluto, como consabido, constituem manifestações expressivas do direito da personalidade frente às intromissões de terceiros, mormente, de atos arbitrários por parte de qualquer órgão do Poder Público.
> (...)
> No caso dos autos, a autoridade fiscal, diante da omissão do acusado em apresentar documentação com esclarecimentos quanto à origem dos rendimentos de pessoa jurídica que administrava, solicitou diretamente à instituição financeira tais elementos e, de posse de tais informações bancárias, logrou apurar rendimentos não declarados, os quais fundamentaram a constituição do crédito tributário.
> (...)
> Com base, exclusivamente, em tal documentação foi ofertada a denúncia, de modo que se desconsiderando as provas de materialidade que derivam da indevida quebra de sigilo bancário, aqui consideradas imprestáveis, não restam elementos a embasar a sentença condenatória, sendo de rigor a absolvição do acusado.
> (...)
> De se destacar, por oportuno, que o tema foi novamente analisado pela Suprema Corte, no julgamento realizado em 24/02/2016 das ADI´s n. 2.386, 2.397 e 2.859 e do RE 601.314, com acórdãos ainda não publicados.
> (fls. 366/369)

Entendo que a razão está com os votos vencedores.

No julgamento do RE 601.314 (publicado no DJe em 16.9.2016), foi fixada a seguinte tese, na sistemática de repercussão geral:

> O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

Pode-se afirmar, a partir desse julgado, que a quebra de sigilo bancário pela Receita Federal, para fins de constituição de crédito tributário, feita com base no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, é lícita.

No âmbito desta Quarta Seção, vinha julgando no sentido de não ser possível o compartilhamento de informações obtidas pela quebra do sigilo bancário pela Receita Federal, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, isso porque entendia que a autorização legal para a quebra do sigilo bancário do contribuinte restringia-se à constituição do crédito tributário, não se estendendo à ação penal eventualmente decorrente, para a qual seria necessária prévia autorização judicial. Fundamentava-se esse posicionamento na jurisprudência estabilizada do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, decidiu ser possível, a partir do julgamento do RE nº 601.314/SP (Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, j. 24.02.2016, Repercussão Geral, DJe-198, DIVULG 15.09.2016 PUBLIC 16.09.2016), o compartilhamento dos dados obtidos pela Receita Federal do Brasil para fins de instrução processual penal. Além disso, o Plenário do Supremo, em sessão virtual, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional (RE 1.055.941 RG/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.04.2018, DJe-083 DIVULG 27.04.2018 PUBLIC 30.04.2018).

Portanto, diante desse claro posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a quem compete, precipuamente, a guarda da Constituição (CF, art. 102, *caput*), cumpre acatar tal jurisprudência, adequando a ela os casos apresentados a este Tribunal. Observo, ademais, que já há precedente

do Superior Tribunal de Justiça adotando essa jurisprudência: (HC 422.473/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.03.2018, DJe 27.03.2018).

Observo, ademais, que já há precedentes do Superior Tribunal de Justiça adotando essa jurisprudência. Veja-se:

> *HABEAS CORPUS*. TRÂMITE CONCOMITANTE COM RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CONHECIMENTO DO WRIT. ESTÁGIO PROCESSUAL MAIS AVANÇADO. LIMINAR DEFERIDA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ILICITUDE DA PROVA EMBASADORA DA DENÚNCIA. COMPARTILHAMENTO DOS DADOS BANCÁRIOS OBTIDOS PELA RECEITA FEDERAL COM O MINISTÉRIO PÚBLICO.
> 1. Embora tenha chegado ao Superior Tribunal de Justiça o RHC n. 93.868, interposto pelos ora pacientes contra o mesmo acórdão atacado neste *habeas corpus*, o recurso, meio adequado para impugnar o julgado do Tribunal Regional Federal, estava em estágio processual menos avançado que o writ, o qual foi processado com medida liminar deferida.
> 2. É imperiosa a necessidade de alinhamento da jurisprudência dos tribunais nacionais a fim de preservar a segurança jurídica, bem como afastar a excessiva litigiosidade na sociedade e a morosidade da Justiça.
> 3. O entendimento de que é incabível o uso da chamada prova emprestada do procedimento fiscal em processo penal, tendo em vista que a obtenção da prova (a quebra do sigilo bancário) não conta com autorização judicial contraria a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal de que é possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal, em regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal.
> 4. No caso, não há falar em ilicitude das provas que embasam a denúncia contra os pacientes, porquanto, assim como o sigilo é transferido, sem autorização judicial, da instituição financeira ao Fisco e deste à Advocacia-Geral da União, para cobrança do crédito tributário, também o é ao Ministério Público, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições, se constate fato que configure, em tese, crime contra a ordem tributária (Precedentes do STF).
> 5. Ordem denegada. Liminar cassada.
> (HC 422.473/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.03.2018, DJe 27.03.2018)

Assim, devem prevalecer os votos vencedores, que afastaram a ilicitude da prova obtida em conformidade com o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01.

Posto isso, *NEGO PROVIMENTO* aos embargos infringentes.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0606642-17.1992.4.03.6105 (96.03.056384-6)

Apelante: USINA ITAIQUARA DE AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: Ap 329091
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2018

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI SOBRE AÇÚCAR. ART. 2º DA LEI Nº 8393/91. CONSTITUCIONALIDADE. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RE 592.145/SP.
1. A Vice-Presidência desta Corte encaminhou os autos para avaliação da pertinência de eventual retratação do RE 592.145/SP, tema 80 do Supremo Tribunal Federal.
2. O acórdão proferido anteriormente pela Turma que deu provimento à apelação para julgar procedente o pedido, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.393/91, em razão do julgamento proferido na AIAMS nº 176622/SP, por parte do E. Órgão Especial desta C. Corte, refletiu a interpretação vigente à época do respectivo julgamento que, porém, na atualidade, encontra-se superada diante do julgamento do Supremo Tribunal Federal do RE 592.145 no sentido da constitucionalidade do art. 2º da Lei 8.393/91.
3. Cabe, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 1.039, do Código de Processo Civil de 2015, o reexame da causa, para considerar a constitucionalidade do recolhimento do IPI sobre açúcar, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.393/1991 e, portanto, negar provimento à apelação, com a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido.
4. Em juízo de retratação, apelação improvida, com a manutenção da sentença de improcedência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em juízo de retratação, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de julho de 2018.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Trata-se de apelação, de sentença que julgou improcedente o pedido em ação declaratória

deduzida com o objetivo de não se recolher Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, à alíquota de 18% incidente sobre as operações de saída de açúcar.

A Turma, na sessão de 03/08/2005 deu provimento à apelação e proferiu o seguinte acórdão:

> CONTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI SOBRE AÇÚCAR. DECRETO 420/92. NENHUM VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA TRIBUTAÇÃO GUERREADA. JULGAMENTO DA AIAMS PELO C. ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. PROVIMENTO AO APELO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
> 1. Ao plano de um histórico legislativo, a envolver as Leis 7.798/99 e 8.393/91, assim como o Decreto 490/82, bem assim a Portaria 04/92, nenhum malferimento se extrai da conduta fiscal alvejada. Constitucionalidade, pois, do mecanismo de cobrança do IPI sobre o debatido açúcar: nuclearmente, nem uniformidade geográfica, nem seletividade descumpridas.
> 2. Infundada a sustentação de não-motivação pelo Decreto combatido: sendo sua missão ade fiel execução da lei (inciso IV do artigo 84, CF), suficiente se afigura o que previsto pela própria Lei nº 8.393/91, para a angulação em questão, que insubsiste, pois.
> 3. Julgamento proferido na AIAMS nº 176622/SP, por parte do E. Órgão Especial desta C. Corte, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 2º da L. 8.393/91. Nos termos do art. 176, do Regimento Interno desta Corte, apelo provido, para reforma da r. sentença, julgando-se procedente o pedido veiculado, assim se invertendo o ônus sucumbencial da honorária advocatícia.

Foram interpostos Recursos Especial e Extraordinário pela União Federal.

A Vice-Presidência da Corte, examinando o recurso extraordinário interposto pela União Federal, devolveu os autos à Turma, para avaliação da pertinência de eventual retratação, a teor do art. 1.030. II do CPC em razão da orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.145.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

O acórdão proferido anteriormente pela Turma que deu provimento à apelação para julgar procedente o pedido, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.393/91, em razão do julgamento proferido na AIAMS nº 176622/SP, por parte do E. Órgão Especial desta C. Corte, refletiu a interpretação vigente à época do respectivo julgamento que, porém, na atualidade, encontra-se superada diante do julgamento do Supremo Tribunal Federal do RE 592.145 no sentido da constitucionalidade do art. 2º da Lei 8.393/91.

Em 05/04/2017, na análise do Recurso Extraordinário 592.145/SP, o STF apreciando o tema 80 da Repercussão Geral, afastou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.393/1991, *verbis*:

> EMENTA
> IPI - SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE - AÇÚCAR - LEI Nº 8.393/1991.
> A Lei nº 8.393/1991 atende aos requisitos seletividade e essencialidade e ao princípio isonômico.
> (RE n. 592.145/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. em 05/04/2017, DJe 01/02/2018)

Em seguida fixada a seguinte tese:

> Surge constitucional, sob o ângulo do caráter seletivo, em função da essencialidade do produto e do tratamento isonômico, o artigo 2º da Lei nº 8.393/1991, a revelar alíquota máxima de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI de 18%, assegurada isenção, quanto aos contribuintes situados na área de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE e da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM, e autorização para redução de até 50% da alíquota, presentes contribuintes situados nos Estados do Espírito Santos e do Rio de Janeiro.

Assim, estando o acórdão, anteriormente proferido, em divergência com a orientação atual do Supremo Tribunal Federal, cabe, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 1.039, do Código de Processo Civil de 2015, o reexame da causa, para considerar a constitucionalidade do recolhimento do IPI sobre açúcar, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.393/1991 e, portanto, negar provimento à apelação, com a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido.

Ante o exposto, em juízo de retratação, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0005447-68.2005.4.03.6112
(2005.61.12.005447-3)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: DÉCIO ROBERTO GOMES DE MOURA (espólio)
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: ApReeNec 1620680
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/07/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SAQUES INDEVIDOS APÓS ÓBITO DA BENEFICIÁRIA. AÇÃO PENAL RECONHECENDO A AUTORIA DE PESSOA DIVERSA DO EXECUTADO. TRÂNSITO EM JULGADO. CAUSALIDADE DA FAZENDA NACIONAL. HONORÁRIOS ARBITRADOS DE FORMA REGULAR.
1. A beneficiária faleceu em 14/08/1996, contudo a pensão continuou sendo paga até o 11/1997. "Ante este fato, e apurada a responsabilidade do embargante pelo pagamento indevido, foi ele notificado para ressarcir aos cofres públicos os valores indevidamente recebidos" (fls. 107).
2. Instaurado o Inquérito Policial nº 8-0222/03, o Delegado de Polícia Federal afirmou que "quem recebeu e movimentou indevidamente os recursos da pensão após a morte da beneficiária foi LUCIANE GOULART DE MOURA FARIA (...)" (fls. 131).
3. Denunciada pelo *Parquet* Federal (autos nº 0007849-93.2003.4.03.6112), Luciane Goulart de Moura Faria foi condenada por estelionato, com a pena aumentada em um terço em razão de o crime ter sido cometido em detrimento de entidade de direito público (CP, art. 171, § 3º). E, segundo andamento processual eletrônico, houve trânsito em julgado para a acusação e para a defesa em 29/11/2010.
4. Deve-se consignar que, nesta demanda, Luciane Goulart de Moura Faria foi ouvida como informante do juízo, confessando que era a responsável pelos saques da pensão previdenciária de sua avó, Braulina Gomes de Moura, assim como o seu pai "não tinha procuração ou senha dessa conta bancária e, na verdade, ele nem sabia em qual banco sua avó recebia a pensão" (fls. 169).
5. Diante de tais afirmações, bem como da coisa julgada material na ação penal nº 0007849-93.2003.4.03.6112, inviável qualquer discussão acerca da autoria dos saques indevidos da pensão previdenciária recebida por Braulina Gomes de Moura.
6. Com relação à causalidade, a responsabilidade pelo indevido ajuizamento da execução fiscal é da própria Fazenda Nacional, vez que imputou ao recorrido a prática de estelionato previdenciário sem a existência de provas de sua autoria.
7. Quanto ao arbitramento da verba honorária, impõe-se ao julgador ponderação que lhe permita concluir o *quantum* que melhor refletirá a atividade do causídico na defesa dos interesses da parte, considerando-se não apenas o tempo despendido com a causa, mas também as particularidades a ela inerentes.
8. *In casu*, em que pesem as peculiaridades do caso em concreto, e sempre respeitando o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, o trabalho realizado, a

natureza e a importância da causa, a solução da lide não envolveu qualquer complexidade, de modo que os valores devem ser mantidos no patamar fixado na r. sentença. Aplica-se a regra prevista no § 4º, do art. 20, do CPC/1973.
9. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de julho de 2018.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação em embargos à execução fiscal, opostos pelo Espólio de DECIO ROBERTO GOMES DE MOURA, em face da decisão proferida na ação fiscal nº 2003.61.12.009266-0, decorrente de ressarcimento dos valores recebidos após o falecimento de sua genitora, titular de pensão previdenciária.

Alega o embargante, em síntese, que: a execução fiscal foi proposta para recebimento de R$ 179.953,17, que segundo documentação, teriam origem em ressarcimento decorrente do recebimento de quantias mensais, com fundamento no art. 185, § 2º, da Lei no 8.112/1990; o processo administrativo é nulo, vez que sequer foi intimado a integrá-lo; está sendo cobrado pelo simples fato de ser o filho da beneficiária, não havendo provas de que teria efetuados os saques da pensão previdenciária; foi instaurado o Inquérito Policial nº 8-0222/03, em que o Delegado de Polícia Federal afirmou que "quem recebeu e movimentou indevidamente os recursos da pensão após a morte da beneficiária foi LUCIANE GOULART DE MOURA FARIA (...)" (fls. 131).

Determinada a produção de provas, a União requereu a oitiva de Luciane Goulart de Moura Faria, o que foi deferido, contudo na condição de informante do juízo, por se tratar de testemunha impedida (fls. 161).

A informante foi ouvida a fls. 169-170.

Na sentença, o r. Juízo *a quo* julgou procedentes os embargos, nos termos do art. 269, I, do CPC/1973, sob o argumento de que ficou demonstrado que não era o embargante "quem recebia os valores em questão".

A União foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R$ 3.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973, devidamente atualizados.

Apela a União aduzindo, em síntese, que: o apelado deixou de informar ao Setor de Pagamentos da Administração Pública Federal o falecimento de sua genitora, o que permitiu que sua filha continuasse com os saques indevidos, incidindo no disposto nos arts. 186 e 932, V, ambos do CC; houve atuação conivente do apelado com a conduta praticada por sua filha; são indevidos os honorários advocatícios, já que não deu causa à demanda; subsidiariamente, requer a diminuição dos honorários.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte Federal.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

Não assiste razão à apelante, devendo a r. sentença ser mantida nos termos em que foi lançada.

No caso, cinge-se a controvérsia acerca da exigibilidade do ressarcimento dos valores supostamente recebidos pelo embargante, ora apelante, após o falecimento de sua genitora, titular de pensão previdenciária.

De acordo com a Fazenda Nacional, Braulina Gomes de Moura era beneficiária de pensão deixada pelo seu marido, Mariano de Moura.

A beneficiária faleceu em 14/08/1996, contudo a pensão continuou sendo paga até o 11/1997. "Ante este fato, e apurada a responsabilidade do embargante pelo pagamento indevido, foi ele notificado para ressarcir aos cofres públicos os valores indevidamente recebidos" (fls. 107).

Instaurado o Inquérito Policial nº 8-0222/03, o Delegado de Polícia Federal afirmou que "quem recebeu e movimentou indevidamente os recursos da pensão após a morte da beneficiária foi LUCIANE GOULART DE MOURA FARIA (...)" (fls. 131).

Denunciada pelo *Parquet* Federal (autos nº 0007849-93.2003.4.03.6112), Luciane Goulart de Moura Faria foi condenada por estelionato, com a pena aumentada em um terço em razão de o crime ter sido cometido em detrimento de entidade de direito público (CP, art. 171, § 3º), conforme extrato da sentença penal a fls. 201. E, segundo andamento processual eletrônico, houve trânsito em julgado para a acusação e para a defesa em 29/11/2010.

Deve-se consignar que, nesta demanda, Luciane Goulart de Moura Faria foi ouvida como informante do juízo, confessando que era a responsável pelos saques da pensão previdenciária de sua avó, Braulina Gomes de Moura, assim como o seu pai "não tinha procuração ou senha dessa conta bancária e, na verdade, ele nem sabia em qual banco sua avó recebia a pensão" (fls. 169).

Ora, diante de tais afirmações, bem como da coisa julgada material na ação penal nº 0007849-93.2003.4.03.6112, inviável qualquer discussão acerca da autoria dos saques indevidos da pensão previdenciária recebida por Braulina Gomes de Moura.

Daí porque assiste razão ao Magistrado Singular em concluir que "não há dúvidas de que o Embargante não era quem recebia os valores em questão" (fls.173).

Com relação aos argumentos fazendários aduzidos na apelação, todos devem ser rejeitados.

Quanto à alegada omissão do apelado em não informar o Setor de Pagamentos da Administração Pública Federal o falecimento de sua genitora, a Lei nº 8.212/1991 preceitua, em seu art. 68, que:

> Art. 68. O *Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais* fica obrigado a comunicar, ao INSS, até o dia 10 de cada mês, *o registro dos óbitos ocorridos no mês imediatamente anterior*, devendo da relação constar a filiação, a data e o local de nascimento da pessoa falecida.

Além disso, segundo as informações prestadas em juízo por Luciane Goulart de Moura Faria, era ela a responsável por administrar as atividades financeiras de sua avó, sendo que seu pai "nunca recebeu nenhum valor, nem indiretamente proveniente dessa pensão" (fls. 170). Conta, também, que o apelado "era um tanto ausente" (fls. 169).

Com relação à causalidade, a responsabilidade pelo indevido ajuizamento da execução fiscal é da própria Fazenda Nacional, vez que imputou ao recorrido a prática de estelionato previdenciário sem a existência de provas de sua autoria.

No caso, como bem ressaltado pelo apelado, a Fazenda Nacional presumiu sua autoria apenas por ele ser filho da beneficiária.

Especificamente quanto ao arbitramento da verba honorária, impõe-se ao julgador ponderação que lhe permita concluir o *quantum* que melhor refletirá a atividade do causídico na defesa dos interesses da parte, considerando-se não apenas o tempo despendido com a causa, mas também as particularidades a ela inerentes.

In casu, em que pesem as peculiaridades do caso em concreto, e sempre respeitando o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, o trabalho realizado, a natureza e a importância da causa, *a solução da lide não envolveu qualquer complexidade*, de modo que os valores devem ser mantidos no patamar fixado na r. sentença. Aplica-se a regra prevista no § 4º, do art. 20, do CPC/1973.

Ademais, o valor arbitrado (R$ 3.000,00) não se mostra exagerado em relação ao valor atribuído à causa (R$ 179.953,17).

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES
0049152-61.2009.4.03.6182
(2009.61.82.049152-8)

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravada: DECISÃO DE FLS. 190-195
Embargante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP
Embargada: UNIÃO FEDERAL
Sucedida: REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A - RFFSA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: EI 1531034
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE IPTU. IMÓVEL QUE, AO TEMPO DOS FATOS GERADORES, PERTENCIA À REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A. SUCESSÃO, *A POSTERIORI*, PELA UNIÃO. IPTU 1994. NATUREZA PÚBLICA DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA RFFSA. IMUNIDADE NÃO RECONHECIDA. TRIBUTO DEVIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1.Trata-se de agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pela União, em face da decisão monocrática que deu provimento aos embargos infringentes para afastar a alegada imunidade recíproca da RFFSA quanto a IPTU incidente sobre imóvel pertencente à extinta RFFSA.
2. A decisão monocrática embasou-se no entendimento do STF, cristalizado por meio do RE 599.176/PR, bem como na jurisprudência dominante da 2ª Seção desta Corte, razão pela qual não houve qualquer ilegalidade na aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil.
3. Por ocasião do julgamento do RE 599.176/PR, o Pleno do Supremo Tribunal Federal assentou que a imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão (aplicação "retroativa" da imunidade tributária).
4. Desde sua constituição, a Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA teve natureza de pessoa jurídica de direito privado, que desenvolvia atividade econômica e visava à obtenção de lucro, não fazendo jus à imunidade tributária. Precedentes.
5. Desse modo, aos impostos constituídos a partir de 22.01.2007, deve-se aplicar a imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, "a", da CF/88, ao passo que aos impostos relativos a lançamentos anteriores a essa data, não há que se falar em imunidade recíproca. Precedentes.
6. Agravo não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, *negar provimento ao*

agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de julho de 2018.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pela *União*, em face da decisão monocrática de f. 190-195 que deu provimento aos embargos infringentes para afastar a alegada imunidade recíproca da RFFSA quanto a IPTU incidente sobre imóvel pertencente à extinta RFFSA.

O acórdão da 6ª Turma deste Tribunal, por maioria de votos, havia dado provimento à apelação da União, e fora assim ementado (f. 136-142):

> EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - UNIÃO SUCESSORA DA RFFSA - IPTU - IMUNIDADE - TAXA DE LIMPEZA E DE CONSERVAÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS - INCONSTITUCIONALIDADE
> 1. A imunidade recíproca estatuída pelo art. 150, VI, "a" da Constituição Federal, extensível às autarquias e fundações públicas segundo o § 2º do mesmo dispositivo, define negativamente o campo subjetivo sobre o qual recai a competência impositiva das pessoas políticas, de modo que não alcancem umas às outras.
> 2. É a norma constitucional circunscrita aos impostos, tributos para cuja incidência é indiferente a prestação de uma atividade estatal específica. Não assim quanto às taxas, atreladas que são ao fornecimento de serviços públicos ou ao exercício do poder de polícia. Utilizando-se do serviço público prestado por um Ente, o outro Ente, ou entidade sua, se sujeita à cobrança da taxa respectiva.
> 3. A imunidade tributária da União quanto ao IPTU decorre de norma constitucional expressa, não havendo dúvida quanto à ilegalidade de sua exigência. Remansosa a jurisprudência neste mesmo diapasão, inclusive na situação presente dos autos, na qual a União é sucessora da extinta RFFSA.
> 4. A Taxa de Limpeza e de Conservação de Vias e Logradouros Públicos, instituída pelo Município de São Paulo por meio dos arts. 86 e 87 da Lei 6.989/66, com redação modificada pela Lei 11.152/91, foi reputada inconstitucional em sede de controle difuso, por se entender que os serviços públicos a cuja remuneração e custeio se destinam não reúnem os atributos de especificidade e divisibilidade.

Por ocasião do julgamento dos embargos à execução fiscal, prevaleceram os votos proferidos pelos e. Desembargadores Federais Mairan Maia e Consuelo Yoshida, que reconheciam a imunidade tributária e davam provimento à apelação.

Restou vencido o voto proferido pelo e. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, que entendia que o IPTU era devido pela RFFSA e negava provimento ao recurso.

Foram interpostos embargos infringentes por meio dos quais o Município pediu o prevalecimento do d. voto vencido.

Com contrarrazões, os embargos infringentes foram admitidos e distribuídos a este Relator.

Por meio de decisão monocrática, este Relator deu provimento aos embargos infringentes e determinou a incidência de IPTU sobre o imóvel pertencente à extinta RFFSA (f. 190-195).

A União interpôs agravo legal, sustentando, em síntese, que:

a)não se trata de hipótese de aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil, pois a decisão do e. relator não pode se sobrepor ao acórdão proferido pela 6ª Turma, inibindo o acesso aos Tribunais Superiores;

b) a RFFSA faz jus à imunidade tributária em razão dos serviços prestados, e não é atingida pela decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 599.176/PR.

Instado a se manifestar, o Município apresentou contraminuta ao agravo, nos termos do artigo 1021, §2º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravo legal em face de decisão monocrática que julgou embargos infringentes em embargos à execução fiscal movida pelo Município de São Paulo contra a União, atinente à cobrança de IPTU de imóvel pertencente à extinta RFFSA.

A sentença foi de improcedência e determinou o prosseguimento da execução (f. 81-84).

A União apelou.

A 6ª Turma deste Tribunal, por maioria de votos, deu provimento à apelação da União.

Por ocasião do julgamento dos embargos à execução fiscal, prevaleceram os votos proferidos pelos e. Desembargadores Federais Mairan Maia e Consuelo Yoshida, que reconheceram a imunidade tributária e deram provimento à apelação.

Restou vencido o voto proferido pelo e. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, que entendia que o IPTU era devido pela RFFSA e negava provimento ao recurso.

Inconformado, o Município interpôs os presentes embargos infringentes, requerendo o prevalecimento do d. voto vencido.

Por meio de decisão monocrática, este Relator deu provimento aos embargos infringentes e determinou a incidência de IPTU sobre o imóvel pertencente à extinta RFFSA.

Irresignada, a União interpôs agravo legal.

Primeiramente, há de se ressaltar que o recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. O disposto no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil é claro a esse respeito:

> Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito. Veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS POR AUTARQUIAS ESTADUAIS A DEFENSORIA PÚBLICA. CONFUSÃO. ART. 381 DO CÓDIGO CIVIL. TESE E ARTIGO NÃO PREQUESTIONADOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULA N. 211 DO STJ. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO CONFORME CAUSA DE PEDIR E PE-

DIDO DELINEADOS NA INICIAL E NA APELAÇÃO. OFENSA AO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. QUESTÃO VERIFICADA DE PLANO, QUE NÃO EXIGE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA ELABORADA. POSSIBILIDADE DE DECISÃO MONOCRÁTICA.
(...).
7. Por fim, quanto a eventual malversação do art. 557, *caput*, do CPC, cabe frisar que o recurso especial pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Na verdade, tem-se aí três hipóteses distintas para o relator apreciar o pleito recursal monocraticamente.
8. Pode ser caracterizado como manifestamente improcedente o recurso em que a parte inconformada evidentemente não tem razão acerca de teses que são de fácil compreensão jurídica e que não envolvem maior complexidade argumentativa - como ocorre, por exemplo e via de regra, com a não-ocorrência de julgamento extra petita ou com a não-caracterização de omissões, contradições e obscuridades. Nestes casos, a negativa de seguimento ao recurso pode ser feita monocraticamente.
9. Não fosse isso bastante, a não-observância do art. 557, *caput*, do CPC resta convalidada com a análise do agravo regimental pelo órgão colegiado competente. 10. Agravo regimental não provido.
(STJ, 2ª Turma, AGREsp nº 1096866, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 04/6/2009, DJE 25/6/2009).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. administrativo E PROCESSO CIVIL. OFENSA AO ARTIGO 557 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EX-COMBATENTE. PENSÃO. AVIADOR CIVIL. ATUAÇÃO NO TEATRO DAS OPERAÇÕES DE GUERRA. RECONHECIMENTO PELA LEI Nº 5.698/71. CORREÇÃO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE.
1. O julgamento monocrático pelo relator da causa, ao utilizar os poderes processuais do artigo 557 do CPC, não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição, desde que o recurso se manifeste inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, deste Superior Tribunal de Justiça, ou do Supremo Tribunal Federal.
(...)
3. Agravo regimental improvido.
(STJ, 6ª Turma, AGREsp nº 730600, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/11/2009, DJE 23/11/2009).

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. JULGAMENTO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.
1. Inexiste ofensa ao art. 557, *caput*, do CPC quando o relator nega seguimento a Apelação que esteja em confronto com a jurisprudência dominante do Tribunal e do STJ. Eventual nulidade da decisão monocrática fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de Agravo Interno. 2. Agravo regimental não provido.
(STJ, 2ª Turma, AGA nº 1166418, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15/10/2009, DJE 13/11/2009).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO MINISTRO RELATOR. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ.
1. O *caput* do art. 557 do Código de Processo Civil autoriza o julgamento monocrático pelo Ministro Relator quando o recurso especial se revele manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

> 2. Inviável a apreciação do agravo regimental que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada, incidindo na espécie a Súmula 182/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STJ - PRIMEIRA TURMA, AGARESP 201302079721, SÉRGIO KUKINA,DJE DATA:10/09/2013).

Esclareça-se também que para a aplicação do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito, bastando que a jurisprudência do Tribunal ou dos Tribunais Superiores seja dominante.

No caso em comento, a decisão monocrática embasou-se no entendimento do Supremo Tribunal Federal, cristalizado por meio do RE 599.176/PR, bem como na jurisprudência dominante da 2ª Seção desta Corte.

Resta evidente, portanto, que não houve qualquer ilegalidade na aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil.

No mérito, a decisão monocrática agravada, com fundamento no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu que a RFFSA não goza de imunidade tributária.

Assentou o *decisum* que recentemente o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por votação unânime no julgamento do RE com repercussão geral reconhecida n. 599.176/PR, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 05.06.2014, consolidou entendimento de que não se aplica o princípio da imunidade tributária recíproca a débito de IPTU devido pela extinta Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA). Isso porque a imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão.

Ressaltou a decisão, ademais, que seguindo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as três Turmas que compõem a 2ª Seção deste Tribunal Regional Federal alinharam-se ao entendimento fixado.

Sendo assim, restou claro na decisão agravada que a Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA - constituída sob a forma de sociedade de economia mista, para exploração de serviços públicos de transporte ferroviário, de competência da União - foi extinta em 22.01.2007 e sucedida pela União (MP 353/2007, convertida na Lei 11.483/07), que passou a responder pelos débitos já inscritos em nome da sucedida.

Cumpre mencionar, ademais, que é entendimento assente nesta Segunda Seção (processo n. 2009.61.05.011638-5, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, D.J.e. 07.06.2016) o de que desde a sua constituição, a Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA teve natureza de pessoa jurídica de direito privado, que desenvolvia atividade econômica e visava à obtenção de lucro, não fazendo jus à imunidade tributária.

Desse modo, aos impostos constituídos a partir de 22.01.2007, deve-se aplicar a imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, "a", da Constituição Federal, ao passo que aos impostos relativos a lançamentos anteriores a essa data, não há que se falar em imunidade recíproca.

Ao IPTU impugnado, relativo a fato gerador ocorrido em 01.01.1994, por conseguinte, não se aplica a imunidade recíproca, pelo que se impõe a quitação dos referidos débitos à União, sucessora da RFFSA.

Tampouco se vislumbra qualquer violação aos artigos 130, *caput*, e 131, I e II, do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, é o entendimento adotado por este Tribunal. Citem-se:

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. RFFSA. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA PELA UNIÃO. IMUNIDADE RECÍPROCA. NÃO INCIDÊNCIA. TITULARIDADE DO BEM NO MOMENTO DO FATO GERADOR. RE 599.176 /PR. JURISPRUDÊNCIA DO STF FIRMADA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, DO CPC.
A questão posta a exame, por parte do Município de Campinas, no ponto específico, se resume à argumentação da inocorrência da imunidade recíproca quanto à cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, referente ao exercício de 2007, sobre imóvel pertencente, à Rede Ferroviária Federal S/A.
O Plenário do STF, por votação unânime, no julgamento do RE 599.176 /PR, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 05.06.2014 (publicado em 30.10.2014 e com trânsito em julgado em 14.11.2014), com repercussão geral reconhecida, assentou entendimento de que não se aplica o princípio da imunidade tributária recíproca a débito de IPTU devido pela extinta Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA), afastando jurisprudência firmada em sentido contrário.
Caberá à União, por força da Lei nº 11.483/2007, quitar o débito de IPTU devido pela extinta RFFSA, relativo ao exercício de 2007.
Honorários advocatícios devidos pela União Federal e fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), consoante o disposto no artigo 20, §4º, do CPC, e seguindo entendimento firmado por esta E. Turma julgadora.
Apelação a que se dá provimento. Juízo de retratação, artigo 543-B, §3º, do CPC. (AC nº 0017369-20.2011.4.03.6105/SP, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, Quarta Turma, j. 30.04.2015, v.u., 20.05.2015) (grifei)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RFFSA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO E LANÇAMENTO DE IPTU E TAXAS QUE O ACOMPANHAM. TAXA DE PREVENÇÃO A INCÊNDIO. CONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE.
1. São manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma que, à luz da legislação aplicável, decidiu, quanto à legitimação do feito, que "*A Lei 11.483/2007, editada para regular os direitos, obrigações e ações judiciais após encerramento da liquidação e extinção da RFFSA , tratou, pois, da questão da responsabilidade tributária, sem violar o artigo 130, CTN, de modo que o passivo preexistente de tal empresa foi assumido pela UNIÃO, e não pelo DNIT, cuja responsabilidade é apenas posterior à Lei 11.483/2007*, daí que, sendo os tributos relativos a 2001 a 2004, a legitimidade é do ente político, o que já foi, inclusive, reconhecido na jurisprudência desta Corte". (...).
7. Embargos de declaração rejeitados.
(TRF-3, 3ª Turma, AC 1895543, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, data da decisão: 30/07/2015, e-DJF3 de 04/08/2015) (grifei)

JUÍZO DE RETRATAÇÃO - ARTIGO 543-B, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DE IPTU DEVIDO PELA EXTINTA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A, SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL - ACÓRDÃO REFORMADO PARA SE AMOLDAR AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 599176.
1. Os autos foram encaminhados à Turma Julgadora, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, à vista do entendimento do E. Supremo Tribunal Federal firmado

no julgamento do RE nº 599.176/PR, pela sistemática da repercussão geral, onde se decidiu que não se aplica o princípio da imunidade tributária recíproca a débito de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) devido pela extinta Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA).
2. A Rede Ferroviária Federal S/A foi extinta em 22.01.2007 por força da Medida Provisória nº 353/07, convertida na Lei nº 11.483/07, tendo a União Federal como sucessora em seus direitos, obrigações, e ações judiciais. Após a referida sucessão não há que se falar em responsabilidade tributária, uma vez que passam a incidir as regras da imunidade tributária recíproca.
3. Na singularidade, o IPTU devido refere-se aos exercícios de 2007 a 2010, devendo ser reconhecida a imunidade da União à cobrança para os exercícios de 2008 a 2010, uma vez que neste período a União Federal já havia sucedido a extinta RFFSA. Remanesce, contudo, a cobrança relativamente ao exercício de 2007, devendo nesta parte ter regular prosseguimento a execução fiscal.
4. Condenação da municipalidade no pagamento da verba honorária no percentual de 10% sobre o valor referente ao IPTU dos exercícios de 2008 a 2010, bem como da União Federal no percentual de 10% do valor concernente ao débito de 2007, limitados a R$ 10.000,00 (dez mil reais) cada um, consoante o entendimento desta Sexta Turma (v.g. AC n. 2008.61.03.000753-7, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. em 03.02.2011, DJF3 CJ1 de 09.02.2011, p. 224), levando-se em consideração o trabalho realizado pelo patrono, o tempo exigido para seu serviço e a complexidade da causa, e à luz dos critérios apontados no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, a ser atualizado a partir do ajuizamento dos embargos, conforme os critérios da Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal.
(AC nº 0017366-65.2011.4.03.6105/SP, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Sexta Turma, j. 16.04.2015, v.u., e-DJF3 30.04.2015).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE:

Agravo legal da União Federal contra decisão singular que deu provimento a embargos infringentes opostos pelo Município de São Paulo contra acórdão que, por maioria, deu provimento ao apelo do ente federal, a fim de reconhecer a imunidade do IPTU dos imóveis da extinta RFFSA. O eminente Relator votou no sentido de desacolher o recurso. Divirjo, todavia.

I - Da imunidade tributária

Ab initio, impende registrar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 599.176/PR. A corte analisou o tema da imunidade recíproca (artigo 150, CF/1988) quando ocorrida a sucessão tributária e, consequentemente, a assunção de débitos exacionais pelo sucessor. *O julgado, portanto, ficou adstrito à aplicação retroativa dos efeitos da imunidade*. Confira-se o posicionamento dos Ministros Luiz Fux e Carmem Lúcia na votação do representativo, *verbis*:

Ministro Luiz Fux - "Vossa Excelência deu provimento, porque analisou o recurso sob o ângulo da responsabilidade pela sucessão. Vossa Excelência não analisou, digamos assim, a natureza jurídica da Rede Ferroviária Federal, que levaria a Corte ao raciocínio no sentido de que, se ela já era imune - ninguém pode transferir mais do que tem nem menos do que tem -, então, ela transferiria também a imunidade dela. Mas, não é isso que está em jogo. *O que está em*

> *jogo é saber se o adquirente responde tributariamente pelas obrigações do predecessor. E é isso que está em jogo.*
> (...)
> E há um outro aspecto, quer dizer, as regras imunizantes, elas são efetivamente de interpretação restrita. Não está em jogo aqui a questão subjacente do pacto federativo, e o Ministro Teori Zavascki citou, com muita propriedade, *que nós não analisamos esses antecedentes que a Suprema Corte chancelou quanto à possibilidade de conceder imunidade a empresas públicas e sociedades de economia mista. Não são esses precedentes que estão em jogo.*
> (...)
> De sorte que essa repercussão geral precisa ficar bem adstrita a esse tema da sucessão, e, nesse sentido, acompanho Vossa Excelência.
> Ministra Carmem Lúcia - Presidente, também acompanho Vossa Excelência com a mesma delimitação, ou seja, *não estamos a discutir a questão nem do serviço público, que era prestado, nem das condições*. Então, voto restrita ao que definiu bem Vossa Excelência, que é a questão da sucessão. Até a sucessão ela era obrigada a pagar, e, portanto, quem sucede, sucede com esses ônus."
> (destaques aditados)

O representativo de controvérsia apreciado versava sobre situação similar à dos presentes autos, qual seja, dívidas tributárias assumidas pela União em razão de ser sucessora da RFFSA, tema analisado, no entanto, somente à luz da possibilidade de aplicação da imunidade "retroativa", uma vez que o sucessor é o ente federal. Ao final, o Pretório Excelso decidiu, à unanimidade, que a imunidade tributária recíproca não afasta a responsabilidade tributária por sucessão nos casos em que *o sujeito passivo era contribuinte regular do tributo devido*. Transcreve-se a ementa:

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. INAPLICABILIDADE À RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO. ART. 150, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO.
> - A imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão (*aplicação "retroativa" da imunidade tributária*).
> - Recurso Extraordinário ao qual se dá provimento. (destaques aditados)
> (STF, RE 599176/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, v.u., julgado em 05/06/2014).

A questão que envolve a assunção das dívidas da RFFSA pela União voltou a ser apreciada pelo Plenário do C. STF na sessão de julgamentos de 12/08/2016, a partir de outra perspectiva. Os ministros analisaram a linha de argumentação expendida pela União, recorrente, atrelada à *natureza dos serviços prestados pela Rede Ferroviária*, com o fito de demonstrar que não era contribuinte regular do imposto objeto da cobrança, *dada a aplicação da imunidade tributária à própria RFFSA*. Em suas razões recursais, sustentou que tal situação, por si só, atrairia a incidência, por extensão, dos normativos que cuidam da não tributação recíproca entre os entes federativos (§ 2º do artigo 150 da CF/1988), a tornar imperativo o reconhecimento da imunidade à Rede Ferroviária. A sucessão pelo ente federal, em consequência, operar-se-ia com os mesmos atributos, à vista do tratamento dispensado pela Magna Carta. Colacionam-se os correlatos dispositivos:

> Art. 21. Compete à União:
> (...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
(...)
d) os *serviços de transporte ferroviário* e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
(...)

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, *é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios*:
(...)
VI - instituir impostos sobre:
a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
(...)
§ 2º. A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.
(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.
(...)

Art. 175. Incumbe ao *Poder Público*, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a *prestação de serviços públicos*.
(destaques aditados)

O Supremo Tribunal Federal, todavia, ao apreciar a existência de repercussão geral quanto à matéria, tema 909, Recurso Extraordinário nº 959.489/SP - preenchimento dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca pela Rede Ferroviária Federal S/A -, exarou entendimento no sentido de que *a questão não tem natureza constitucional*, posto que adstrita ao atendimento pela RFFSA dos requisitos indispensáveis ao gozo da imunidade recíproca (artigo 150, VI, alínea "a", da CF/1988), *análise que se dá em âmbito infraconstitucional* e, além disso, demanda *reexame do conjunto fático-probatório*, incabível

na via recursal extraordinária. O julgado restou assim ementado:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A (RFFSA). PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS AO GOZO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, "A", DA CF/88). *MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL*.
> 1. Possui natureza infraconstitucional a controvérsia relativa ao preenchimento, pela Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA), dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da CF/88).
> 2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
> 3. *Ausência de repercussão geral da questão suscitada*, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015.
> (destaques aditados)
> (STF, RE 959489, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, julgado em 12/08/2016).

Transcreve-se, também, excerto do voto do relator, Ministro Teori Zavascki:

> (...) 2. O Tribunal de origem decidiu a controvérsia com base no RE 599.176 (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe de 30/10/2014, Tema 224), no qual foi assentado que a imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos ocorridos antes da sucessão (aplicação retroativa da imunidade tributária). *Neste recurso extraordinário, sustenta-se que a própria pessoa jurídica sucedida, a RFFSA, gozaria de imunidade tributária recíproca em razão de prestar serviços públicos de titularidade da União. Trata-se, portanto, de temática evidentemente diversa daquela decidida no RE 599.176*.
> 3. A discussão submetida pela União ao exame do Supremo Tribunal Federal não envolve a interpretação do art. 150, VI, a, da CF/88, mas apenas o exame do preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca pela RFFSA. Não há, portanto, matéria constitucional a ser analisada, porquanto a controvérsia abordada pelo recurso extraordinário soluciona-se tão somente à luz da interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais pertinentes à RFFSA e do reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência essa vedada nesta via recursal (Súmula 279/STF). O Supremo Tribunal Federal já pacificou a orientação de que é inviável a apreciação, em recurso extraordinário, de alegada violação a dispositivo da Constituição Federal que, se houvesse, seria meramente indireta ou reflexa, uma vez que é imprescindível a análise de normas infraconstitucionais. Nesse sentido, em casos idênticos:
> (...)
> 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
> 5. Diante do exposto, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral da questão suscitada.
> (destaques aditados)

Constata-se, assim, não haver decisão do Pretório Excelso sobre a quaestio atinente à imunidade tributária da RFFSA em virtude da *prestação de serviço público de titularidade da União*, o que significa inexistir óbice à resolução da lide sob tal prisma. Ausente qualquer efeito vinculante (artigo 543-B do CPC/1973, vigente à época), à vista do não pronunciamento do STF, *deve a matéria ser resolvida pelas instâncias ordinárias, à luz dos normativos in-*

fraconstitucionais de sua regência. Em consequência, não mais subsiste o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o tema deve ser apreciado pela Suprema Corte, pois seu deslinde estaria atrelado exclusivamente aos normativos de âmbito constitucional, sob pena se usurpação de sua competência: "muito embora tenham sido citados dispositivos infraconstitucionais, a matéria foi decidida sob enfoque eminentemente constitucional, qual seja, a imunidade tributária, sendo defeso o exame por esta Corte, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso. Consoante a reiterada jurisprudência desta Corte, não compete ao Superior Tribunal de Justiça, na via do recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional." (STJ, AGREsp 1564468, Rel. Des. Fed. Conv. Diva Malerbi, Segunda Turma, v.u., DJe 09/03/2016. No mesmo sentido: AGAREsp 825427, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, v.u., DJe 26/04/2016; REsp 1575338, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 11/03/2016).

Cabe registrar, contudo, que o exame do tema sob o enfoque da legislação ordinária não pode dar-se em descompasso com os normativos da Lei Maior, porque deve a eles se harmonizar, interpretado o ordenamento pátrio de modo a observar e atender à *mens legis*. Passa-se, assim, a tal análise, para o escopo de verificar o preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos infraconstitucionais necessários ao gozo da imunidade tributária pela RFFSA, atinentes à natureza do serviço prestado, com indicação da legislação e, também, dos precedentes históricos pertinentes à solução da controvérsia, considerada sua interpretação em coadunação aos ditames constitucionais, conciliados os regramentos aplicáveis à espécie por meio da interpretação sistemática do ordenamento pátrio.

A exação objeto da presente ação, imposto predial e territorial urbano - IPTU, refere-se a exercício anterior a 2007, quando o imóvel tributado era de propriedade da Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA, *sociedade de economia mista concebida para a exploração de serviços públicos de transporte ferroviário de competência da União* (artigo 21, inciso XII, alínea "d", CF/1988, anteriormente transcrito). Estava funcionalmente vinculada ao Mistério dos Transportes e sua criação foi autorizada pela Lei nº 3.115/1957:

> Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a constituir, nos termos da presente lei, uma sociedade por ações sob a denominação de *Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima* (R.F.F.S.A.), à qual serão incorporadas as *estradas de ferro de propriedade da União* e por ela administradas, assim como as que venham a ser transferidas ao domínio da União, ou cujos contratos de arrendamento sejam encampados ou rescindidos.
> (destaques aditados)

A RFFSA foi instituída especificamente para promover e administrar os interesses da União, de natureza exclusiva (artigo 21, XII, "d", CF/1988), concernentes à atividade de transporte ferroviário. Era constituída pela consolidação de 18 ferrovias regionais e atendeu diretamente, por décadas, a 19 unidades da federação, com atuação em 4 das 5 regiões do país e malha ferroviária de aproximadamente 22 mil quilômetros.

A citada Lei nº 3.115/1957, em seu artigo 7º, "a", determinou ser de sua competência "administrar, explorar, conservar, reequipar, ampliar, melhorar e manter em tráfego as estradas de ferro a ela incorporadas". *Delegou, portanto, a prestação de serviço público essencial atribuído pela Lei Maior exclusivamente à União (consoante o mencionado artigo 21, XII, "d"), cuja execução passou, por disposição da legislação infraconstitucional, à Rede Ferroviária, na forma autorizada pelo artigo 175 da Magna Carta (anteriormente transcrito).*

Sobre a *natureza jurídica da RFFSA*, insta anotar que há dois tipos de sociedade de economia mista, a que é primariamente prestadora de serviço público por outorga estatal e aquela que tem por finalidade principal a exploração de atividade econômica. A Rede Ferroviária era ente da administração pública indireta que prestava de serviço público de relevante interesse da coletividade e, portanto, *não tinha o escopo essencial de auferir lucro, o que não significa vedação à obtenção de rendimentos decorrentes do desempenho de suas atividades legalmente delegadas*.

A Lei nº 3.115/1957 autorizou o poder público a criar a RFFSA e é um dos diplomas regentes não só da forma de sua constituição, como também da própria prestação do serviço ferroviário, abarcada a destinação de eventuais lucros dela auferida. A título ilustrativo, transcreve-se o teor dos artigos 19 e 21, que dispõem sobre a alocação dos rendimentos, acaso obtidos, por meio de rateio entre empregados e acionistas:

> Art. 19. Os Estatutos da R.F.F.S.A. prescreverão normas específicas para a participação de seus empregados, qualificados no art. 14, nos lucros da sociedade, as quais deverão prevalecer até que, de modo geral, seja regulamentado o inciso IV do art. 157 da Constituição.
>
> Art. 21. Enquanto a União for detentora da totalidade do capital da R.F.F.S.A., os lucros líquidos da sociedade serão considerados reservas, e, quando atingirem Cr$ 10.000.000.000,00 (dez bilhões de cruzeiros) anuais, os lucros líquidos que ela apurar terão o destino fixado neste artigo, ainda quando a União não seja a detentora da totalidade do seu capital.

Quando as dotações ou auxílios da União se tornarem inferiores a Cr$ 5.000.000.000,00 (cinco bilhões de cruzeiros) anuais, será permitida a distribuição de dividendos, ficando retidos, em conta especial, em poder da sociedade somente os atribuídos às ações de propriedade da União, para serem aplicados em aumento de capital, mantido, quanto a este, o direito de participação proporcional dos demais acionistas."

Conforme se observa, a União, ao instituir a RFFSA, objetivou alcançar o interesse público por meio da delegação da prestação do serviço de transporte ferroviário. *Visou, inequivocamente, atender ao bem comum em primeiro plano e não perseguir lucro, o qual era mera decorrência do desenvolvimento das atividades para as quais foi criada, o que o torna legítimo e não descaracteriza sua intrínseca essência*. Admite-se o proveito financeiro, portanto, quando não configura fim último da sociedade de economia mista. Em verdade, a lucratividade pode constituir o próprio meio necessário à consecução do interesse público primário por meio da prestação de serviço público essencial (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedade Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

A RFFSA procedeu à prestação do transporte ferroviário nos exatos termos ora apontados. Sua constituição se deu de forma a inequivocamente priorizar o aludido serviço público, de modo que a eventual percepção de lucros não traduz seu escopo fundamental. Por tais motivos, não se aplicam as disposições atinentes à exploração de atividade econômica, previstas no citado artigo 173 da CF/1988, em especial os privilégios fiscais concedidos à iniciativa privada - dos quais nunca foi beneficiária. Sua criação, enfatize-se, deu-se unicamente para o escopo de desenvolver atividade de competência exclusiva da União. Sobre o tema, assim se manifestou o Ministro Maurício Corrêa, por ocasião da relatoria do RE nº 220.906, que: "não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no art. 173, § 1º, da CF, isto

é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, art. 173, § 2º)" (STF, RE 220906, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 16/11/2000, DJ 14/11/2002). Dessa forma, apenas quando as entidades de economia mista não se destinam à prestação exclusiva de serviço público é que podem ser caracterizadas como instrumentos de intervenção do Estado na atividade econômica em sentido estrito. Nesse caso, não podem receber o mesmo tratamento tributário conferido à fazenda pública, em razão de seu evidente propósito de obtenção de lucro (STF, ACO 2730/DF). Tal situação não ocorre no presente caso, uma vez que a Rede Ferroviária, frise-se, nunca foi equiparada aos particulares, considerada, assim, atrelada à consecução do bem comum por meio da prestação do transporte ferroviário.

As sociedades de economia mista prestadoras de serviço exclusivo dos entes federativos e para tal restrita finalidade criadas, como a RFFSA, estão regidas por regime predominantemente público e devem receber o mesmo tratamento dispensado ao poder público - não só para fixação do regime tributário como, *e.g.*, para admissão de pessoal por meio de concurso público, observância aos primados da administração pública e submissão ao controle externo pelo Tribunal de Contas quanto a seus procedimentos e aplicação de recursos financeiros (STF, MS 25092, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, v.u., DJ 17/03/2016). Desse modo, mesmo em razão da possibilidade de colisão entre o interesse público perseguido e o intuito de lucro dos acionistas privados, tal circunstância não retira seu caráter e regime públicos, inclusive porque prevalece a função institucional da devida prestação do transporte ferroviário sobre os interesses privados.

Ainda sobre o propósito institucional da RFFSA, cumpre evidenciar que está insculpido não só na lei de sua criação, como nos demais normativos regentes do tema. Portanto, *a presunção que milita em favor da sociedade de economia mista é a de que atua dentro de tais ditames, não o contrário - primado da presunção de legitimidade da atuação da administração pública direta e indireta*. Em consequência, não se pode inferir que a consecução do serviço público a ela delegado tenha sido executada em desacordo com os preceitos legais. Incumbe à parte contrária, *o município*, comprovar que a Rede Ferroviária não se conduziu em estrita observância à correlata regulamentação e que sua existência não estava exclusivamente voltada à prestação do transporte ferroviário, o que inocorre *in casu*.

Vale transcrever, também, o magistério de Roque Antonio Carrazza (*in* Curso de Direito Constitucional Tributário, 22ª Edição, Editora Malheiros, 2006, pp. 706/709), *verbis*:

> Aprofundando o assunto, as empresas estatais, quando delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia - e que, portanto, não exploram atividades econômicas -, não se sujeitam à tributação por meio de impostos, justamente porque são a "longa manus" das pessoas políticas que por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar.
> A circunstância de serem revestidas da natureza de "empresa pública" ou de "sociedade de economia mista" não lhes retira a condição de "pessoas administrativas", que agem em nome do Estado, para a consecução do bem comum.
> (...)
> Muito bem, as pessoas administrativas delegatárias de serviços públicos, que lhes dão grande cópia de prerrogativas, inclusive no que concerne à tributação, a elas se aplicando, por inteiro, a imunidade do art. 150, VI, "a", da CF.
> Sendo mais específicos, tais pessoas, enquanto, no exercício de suas funções típicas, auferem *rendimentos*, são imunes ao IR e aos tributos que incidem sobre *lucros, receitas, rendimentos* etc.; enquanto proprietárias dos imóveis que lhes dão "base material" para o

> desempenho de suas atividades típicas, são *imunes ao IPTU*; enquanto proprietárias dos serviços públicos ou na prática de atos de polícia, são imunes ao *IPVA*; e assim avante.
> Remarque-se que a circunstância de estas pessoas terem personalidade de direito privado não impede recebam especial proteção tributária, justamente pra possibilitar a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia.
> (...)
> Neste sentido, enquanto atuam como se pessoas políticas fossem, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem ser embaraçadas ou anulada sua ação pública por meio de impostos. Esta é a consequência de uma interpretação sistemática do art. 150, VI, "a", da CF.
> (destaques aditados)

Na mesma linha, a Ministra do STJ, Regina Helena Costa, assevera:

> Inicialmente, analisemos a situação da empresa estatal - empresa pública ou sociedade de economia mista - que recebeu a outorga, por meio de lei, da prestação de serviço público cuja competência pertence à pessoa política que a criou.
> (...)
> Recebendo tais entes o encargo de prestar serviço público - consoante a noção exposta -, o regime de sua atividade é o de Direito Público, o que inclui, dentre outras prerrogativas, o direito à imunidade fiscal.
> O raciocínio resume-se no seguinte: se o serviço público for prestado diretamente pela pessoa política estará, indubitavelmente, imune à tributação por via de impostos. *Ora a mera delegação da execução desse serviço público, pela pessoa que é titular da competência para prestá-lo à coletividade, por meio de lei, a uma empresa por ela instituída - empresa pública ou sociedade de economia mista -, que se torna delegatária do serviço, não pode, portanto, alterar o regime jurídico - inclusive tributário - que incide sobre a mesma prestação.*
> (*in* Imunidades Tributárias - Teoria e Análise da Jurisprudência do STF, São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 2006, pp. 143/144. Destaques aditados).

Pertinente analisar, também, para ponderar a respeito da natureza jurídica da RFFSA, o cenário de privatização promovido pelo governo Fernando Henrique Cardoso com a criação do Programa Nacional de Desestatização - PND por meio da Lei nº 8.031/1990 - diploma posteriormente revogado pela Lei nº 9.491/1997, o qual alterou normas de caráter procedimental relativas ao aludido programa. Em razão da autorização legal firmada, foi editado o Decreto nº 473, de 10 de março de 1992, que incluiu a RFFSA no programa e, assim, ensejou a promoção de estudos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), os quais "recomendaram a transferência para o setor privado dos serviços de transporte ferroviário de carga. Essa transferência foi efetivada no período 1996/1998, de acordo com o modelo que estabeleceu a segmentação do sistema ferroviário em seis malhas regionais, sua concessão pela União por 30 anos, mediante licitação, e o arrendamento, por igual prazo, dos ativos operacionais da RFFSA aos novos concessionários. Em 1998, houve a incorporação da Ferrovia Paulista S.A (FEPASA) à RFFSA, ao que se seguiu, em dezembro desse ano, a privatização daquela malha." (fonte: http://www.transportes.gov.br/orgaos-extintos.html). Transcrevem-se os correlatos dispositivos:

> Lei nº 8.031/1990
> Art. 1º. É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:
> I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada

atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;
III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;
V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.
Art. 2º. Poderão ser privatizadas, nos termos desta lei, as empresas:
I - controladas, direta ou indiretamente, pela União e instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; ou
II - criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle, direto ou indireto, da União.
§ 1º. Considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.
§ 2º. Aplicam-se os dispositivos desta lei, no que couber, à alienação das participações minoritárias diretas e indiretas da União, no capital social de quaisquer outras empresas.
§ 3º. Não se aplicam os dispositivos desta lei às empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de acordo com os arts. 21, 159, inciso I, alínea c e 177 da Constituição Federal, ao Banco do Brasil S.A., e, ainda, ao órgão oficial ressegurador referido no inciso II do art. 192 da Constituição Federal.

Decreto nº 473/1992
Art. 1º. Ficam incluídas no Programa Nacional de Desestatização - PND, para os fins da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, as empresas:
I - Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA;
(...)
(destaques aditados)

Apenas a título de registro, a partir do cotejo dos normativos legais ora transcritos aos ditames constitucionais a respeito do tema, anteriormente mencionados, impende consignar que *a inclusão da Rede Ferroviária no programa de desestatização do governo federal é circunstância que não tem o condão de modificar ou interferir, de qualquer forma, na natureza da prestação do serviço de transporte ferroviário, porquanto é inequivocamente caracterizado como público e essencial, de competência exclusiva da União*, cuja execução, frise-se, pode dar-se de modo direto ou indireto, nos termos da legislação ordinária, com supedâneo na autorização constitucional contida no citado artigo 175 da CF/1988: "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*". Atente-se à regulamentação trazida também no âmbito da Lei nº 8.987/1995:

Art. 1º. As *concessões de serviços públicos* e de obras públicas e as *permissões de serviços públicos reger-se-ão* pelos termos do *art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei*, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.
Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as

> peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.
> (destaques aditados)

A delegação da administração e execução do transporte ferroviário à iniciativa privada não fez desaparecer sua natureza originária, pois a outorga da gestão e exploração do aludido serviço não modificou sua qualidade de *público*, na forma preceituada pela Lei Magna e que foi estritamente observada pela regulamentação procedida em âmbito infraconstitucional - a qual, em verdade, não poderia dispor sobre a matéria de forma diversa, sob pena de restar configurada afronta à normatização procedida pelo constituinte, que deve ser fielmente perseguida pelo legislador ordinário.

Não obstante tenha sido transferida a exploração da infraestrutura ferroviária federal *sub judice*, remanesce a *titularidade constitucional* de tal serviço público, em especial, saliente-se, porque *seus atributos não são passíveis de alteração pela legislação ordinária*. Tal situação traz como decorrência, inclusive, a responsabilidade subsidiária da concedente, União, em relação à devida prestação do serviço, em razão de ser titular exclusiva da atividade vinculada ao transporte férreo, ainda que a execução se dê por meio indireto. Legitimada, portanto, a inclusão da União nas lides em que a RFFSA figurar como autora, ré ou interveniente, bem como naquelas em que se discute acerca da gestão e execução do transporte ferroviário prestado por meio da concessionária (ementas a seguir colacionadas: STJ, REsp 1426884 e AGREsp 1119560).

Para finalizar o retrospecto histórico e legislativo, consigne-se que a RFFSA entrou em processo de dissolução, liquidação e extinção, nos termos do Decreto nº 3.277/1999, adotado expressamente o procedimento da Lei nº 8.029/1990 e Lei nº 9.491/1997 por força do disposto no mencionado decreto, nos seguintes termos:

> Decreto nº 3.277/1999
> Art. 1º. Fica dissolvida a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, incluída no Programa Nacional de Desestatização pelo Decreto nº 473, de 10 de março de 1992.
> Art. 2º. A liquidação da RFFSA far-se-á de acordo com as disposições da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, conforme determina o art. 24 da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.
>
> Lei nº 8.029/1990
> Art. 1º. É o Poder Executivo autorizado a extinguir ou a transformar as seguintes entidades da Administração Pública Federal:
> (...)
> Art. 23. A União sucederá a entidade, que venha a ser extinta ou dissolvida, nos seus direitos e obrigações decorrentes de norma legal, ato administrativo ou contrato, bem assim nas demais obrigações pecuniárias. (Renumerado do art 20 pela Lei nº 8.154, de 1990)
>
> Lei nº 9.491/1997
> Art. 24. No caso de o Conselho Nacional de Desestatização deliberar a dissolução de sociedade incluída no Programa Nacional de Desestatização, aplicar-se-ão, no que couber, as disposições da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990.
> (destaques aditados)

A Rede Ferroviária foi extinta por meio da Lei nº 11.483/2007 (conversão da MPv nº 533/2007) e, então, sucedida pelo ente federal (artigos 1º e 2º), matéria que foi também regulada pelos Decretos nº 6.018/2007 e nº 7.929/2013. Confira-se:

Lei nº 11.483/2007
Art. 1º. Fica encerrado o processo de liquidação e extinta a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, sociedade de economia mista instituída com base na autorização contida na Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957.
Parágrafo único. Ficam encerrados os mandatos do Liquidante e dos membros do Conselho Fiscal da extinta RFFSA.
Art. 2º. A partir de 22 de janeiro de 2007:
I - a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, opoente ou terceira interessada, ressalvadas as ações de que trata o inciso II do *caput* do art. 17 desta Lei; e
II - os bens imóveis da extinta RFFSA ficam transferidos para a União, ressalvado o disposto nos incisos I e IV do *caput* do art. 8o desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.772, de 2008
Parágrafo único. Os advogados ou escritórios de advocacia que representavam judicialmente a extinta RFFSA deverão, imediatamente, sob pena de responsabilização pessoal pelos eventuais prejuízos que a União sofrer, em relação às ações a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo:
I - peticionar em juízo, comunicando a extinção da RFFSA e requerendo que todas as citações e intimações passem a ser dirigidas à Advocacia-Geral da União; e
II - repassar às unidades da Advocacia-Geral da União as respectivas informações e documentos.
Art. 8º. Ficam transferidos ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT:
I - a propriedade dos bens móveis e imóveis operacionais da extinta RFFSA;
II - os bens móveis não-operacionais utilizados pela Administração Geral e Escritórios Regionais da extinta RFFSA, ressalvados aqueles necessários às atividades da Inventariança; e
III - os demais bens móveis não-operacionais, incluindo trilhos, material rodante, peças, partes e componentes, almoxarifados e sucatas, que não tenham sido destinados a outros fins, com base nos demais dispositivos desta Lei.
IV - os bens imóveis não operacionais, com finalidade de constituir reserva técnica necessária à expansão e ao aumento da capacidade de prestação do serviço público de transporte ferroviário, ressalvados os destinados ao FC, devendo a vocação logística desses imóveis ser avaliada em conjunto pelo Ministério dos Transportes e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme dispuser ato do Presidente da República. (Incluído pela Lei nº 11.772, de 2008)

Decreto nº 6.018/2007
Art. 1º. Compete ao Ministério dos Transportes a coordenação e a supervisão dos procedimentos administrativos relativos à Inventariança da extinta Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA.

Decreto nº 7.929/2013
Art. 3º. O Ministério dos Transportes elaborará relação com os bens imóveis não operacionais oriundos da extinta RFFSA considerados total ou parcialmente essenciais e indispensáveis para a expansão e aumento da capacidade de prestação do serviço público de transporte ferroviário, conforme o disposto no art. 1º, encaminhando-a à Secretaria do Patrimônio da União para a manifestação prevista no art. 4º.
§ 1º. A relação deve conter delimitação e descrição precisa da situação físico-ocupacional de cada imóvel ou parcela de interesse para constituição da reserva técnica, e indicação do aproveitamento da integralidade da área para uma ou mais das destinações previstas no art. 1º.
§ 2º. A relação deverá ser concluída e submetida à Secretaria do Patrimônio da União no prazo de seis meses, contado da data de publicação deste Decreto.
(destaques aditados)

Analisados os normativos ora colacionados, constata-se que a *natureza pública, exclusiva e essencial dos serviços administrados e executados pela RFFSA* deriva, portanto, da inter-

pretação sistemática e harmoniosa da legislação infraconstitucional regente da quaestio, que não alterou, ao revés, ratificou o norte constitucional conferido à matéria. É, de igual forma, corroborada por julgados do próprio Supremo Tribunal Federal aplicáveis por similitude e farta doutrina.

Não se desconhece haver entendimento da 2ª Seção deste E. Tribunal Regional Federal, no sentido de não ser reconhecido à RFFSA o gozo da imunidade tributária, em razão da natureza dos serviços que prestava (e.g., EI 0026518-66.2012.4.03.6182, EI 0011638-14.2009.4.03.6105). No entanto, considerados os fundamentos ora consignados, há de ser perfilhado o entendimento no sentido da aplicação das normas imunizantes ao ente delegatário, o qual é corroborado pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal a seguir colacionados, que reconhecem a imunidade às sociedades de economia mista que se caracterizem inequivocamente como instrumentalidades estatais na prestação de serviço público:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEIS DO ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS, INTEGRANTES DO DOMÍNIO DA UNIÃO. *CODESP - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INCUMBIDA DE EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE PORTO MARÍTIMO* (ART. 21, XII, "F", DA CF). IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, "A", DA CF). ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DESTA CORTE (RE N. 253.472). AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. No julgamento do RE n. 253.472, Redator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 01.02.11, o Plenário do STF reconheceu, por efeito da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, "a", da CF), a inexigibilidade, por parte do Município tributante, do *IPTU* referente às atividades executadas pela CODESP - entidade delegatária de serviços públicos a que se refere o art. 21, XII, "f", da CF - , na prestação dos serviços públicos de administração de porto marítimo e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. (Precedentes: RE n. 253.394, Relator o Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 11.4.03; AI n. 458.856, Relator o Ministro Eros Grau, 1ª Turma, DJ de 20.4.07; RE n. 265.749-Ed-Ed, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 22.08.11; AI n. 738.332-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 26.11.10, entre outros).
> 2. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: "Imposto - Predial e Territorial Urbano - Município de Santos - CODESP - Pretensão à imunidade do lançamento fiscal - Inviabilidade - Imunidade se aplica aos bens e serviços de ente estatal, não às sociedades de economia mista que os exploram - Isenção não renovada depois da Constituição Federal de 1.988 - Tributo devido. (...)"
> 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (destaques aditados)
> (STF, RE 462704 AgR, Re. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/12/2012);
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. *IMUNIDADE RECÍPROCA*. ART. 150, INC. VI, ALÍNEA A, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. *EXTENSÃO A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA*. *PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO*. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (destaques aditados)
> (STF, RE 647881 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012).

No mesmo sentido tem se manifestado esta E. Corte Regional:

> TRIBUTÁRIO. ADMNISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. *REDE FERROVIÁRIA* FEDERAL S/A, SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL. IMPOSTO

PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU). IMUNIDADE RECÍPROCA. TAXA MUNICIPAL. DÉBITOS NÃO ABRANGIDOS POR CONTRATO DE DAÇÃO EM PAGAMENTO. JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS EM GRAU RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. TAXA DE REMOÇÃO DE LIXO DOMICILIAR. REPERCUSSÃO GERAL (ART. 543-B, § 3º DO CPC).
1. Com relação à cobrança do *IPTU*, a *RFFSA* foi constituída sob a forma de sociedade de economia mista, para exploração de serviços públicos de transporte ferroviário, de competência da União (art. 21, XII, d, CF/88), podendo se valer dos benefícios da imunidade consagrada aos entes políticos no art. 150, VI, a, da Carta Magna, não se sujeitando à tributação por meio de impostos. Precedentes deste Tribunal: 3ª Turma, AC nº 2007.61.10.012098-9, Rel. Juiz Fed. Conv. Roberto Jeuken, DJF3 07.04.2009, p. 485; 4ª Turma, AC nº 2008.61.17.001051-0, Rel. Des. Fed. Fábio Prieto, j. 15.10.2009, DJF3 CJ1 26.01.2010, p. 272.
(...)
8. Apelação e recurso adesivo improvidos. (destaques aditados)
(TRF 3ª Região, Sexta Turma, AC 0009906-35.2008.4.03.6104, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, julgado em 20/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 Data:28/06/2013).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PREFEITURA MUNICIPAL DE PONTA PORÃ. *IPTU*. IMUNIDADE RECÍPROCA.
I. A RFFSA por ser prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, está abrangida pela imunidade tributária recíproca no tocante aos impostos, a teor do artigo 150, VI, alínea "a" da Constituição Federal.
II. Honorários advocatícios reduzidos.
III. Reexame necessário parcialmente provido. (destaques aditados)
(TRF 3ª Região, Quarta Turma, REO 0001972-32.2008.4.03.6005, Rel. Desembargadora Federal Alda Basto, julgado em 02/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2013).

Ressalte-se que em julgamento recente o STF decidiu:

Vê-se, portanto, que a resolução do presente litígio há de resultar do reconhecimento, na espécie, de que a pretensão impositiva do Município, em tema de IPTU (imposto cuja exigibilidade está sendo questionada no caso), sofre as limitações decorrentes da garantia da imunidade tributária recíproca, que traduz uma das projeções concretizadoras do postulado constitucional da Federação.
(...)
Assim definida a questão, cumpre-me observar, desde logo, por relevante, que controvérsias assemelhadas à suscitada no presente recurso extraordinário - que concerniam a *empresas governamentais incumbidas, por outorga, de explorar atividades constitucionalmente reservadas a determinada entidade política* - já foram dirimidas por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos nos quais se reconheceu, em favor dessas mesmas empresas governamentais delegatárias de serviços públicos, alguns dos quais instituídos em regime constitucional de monopólio, a garantia da imunidade tributária recíproca (RTJ 187/355, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ACO 789/PI, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI - ACO 814/PR, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI - RE 318.185-AgR/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM - RE 357.291-AgR/PR , Rel. Min. CEZAR PELUSO - RE 357.447-AgR/SP , Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 407.099/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 501.639-AgR/BA, Rel. Min. EROS GRAU - RE 542.454-AgR/BA, Rel. Min. AYRES BRITTO - RE 598.322-AgR/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g).
(RE 943885, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 17/02/2016. No mesmo sentido: RE 971808, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 27/05/2016).

No tocante ao monopólio da atividade, extrai-se do excerto ora transcrito não ter sido considerado essencial para o reconhecimento da imunidade, uma vez que já fora admitida "em favor dessas mesmas empresas governamentais delegatárias de serviços públicos, *alguns dos quais* instituídos em regime constitucional de monopólio, a garantia da imunidade tributária recíproca". Ainda que assim não se entendesse, estaria caracterizado pela exclusividade da prestação do transporte férreo atribuída pelo constituinte ao ente federal, na forma dos fundamentos apresentados, delegada unicamente à RFFSA. Portanto, mesmo que tenha havido posterior desestatização, com concessão do dever de execução do serviço, sua natureza exclusiva não resta alterada, em especial quanto à Rede Ferroviária.

Tampouco se diga que os casos decididos pelo STF seriam diversos do presente. Tal realidade se verifica similar, inclusive, à da ECT e INFRAERO, às quais é reconhecido o direito ao gozo da imunidade tributária. Dessa forma, não há fator impeditivo à extensão do entendimento à RFFSA, porque se revela indubitavelmente prestadora de serviço exclusivo da União e atende aos requisitos constitucionais e legais para ser-lhe assegurada a imunidade tributária. Confira-se o posicionamento firmado pelo sodalício:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Tributário. IPTU. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Imunidade recíproca (art. 150, VI, a, da CF).
> 1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, a Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.
> 2. A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição, alcança o IPTU que incidiria sobre os imóveis de propriedade da ECT e por ela utilizados.
> 3. Não se pode estabelecer, a priori, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica.
> 4. Na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, acerca, por exemplo, de quais imóveis estariam afetados ao serviço público e quais não, não se pode sacrificar a imunidade tributária do patrimônio da empresa pública, sob pena de se frustrar a integração nacional.
> 5. As presunções sobre o enquadramento originariamente conferido devem militar a favor do contribuinte. Caso já lhe tenha sido deferido o status de imune, o afastamento dessa imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela Administração Tributária.
> 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (destaques aditados)
> (STF, RE 773992, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 15/10/2014);
>
> IMUNIDADE RECÍPROCA - INFRAERO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Tribunal reafirmou o entendimento jurisprudencial e concluiu pela possibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público. (destaques aditados)
> (STF, AI-AgR 797034, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u., Primeira Turma, j. 21/05/2013).

A RFFSA se enquadra nas situações ora colacionadas e, desse modo, atende aos requisitos tanto de âmbito infraconstitucional como aqueles listados pela Carta Magna para a ela ser reconhecido o direito à imunidade tributária.

A notoriedade do caráter público, exclusivo e essencial do transporte ferroviário pode ser aferida, também, a partir da análise das disposições da Lei nº 10.233/2001, que *submetem a prestação e gestão do serviço à fiscalização da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT*, não só em virtude de sua inconteste relevância para a coletividade, como porque a

União mantém a titularidade do serviço e, em decorrência, responde subsidiariamente pelas concessionárias e permissionárias. Além disso, os ativos operacionais existentes e, também, os que vierem a ser instalados em decorrência da construção de novas linhas férreas deverão ser explorados por meio de contratos de concessão que contemplem *cláusula de reversão à União*, justamente porque se mantém titular do serviço. Atente-se ao teor dos artigos a seguir transcritos:

> Art. 24. Cabe à *ANTT*, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:
> I - promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte;
> II - promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;
> III - propor ao Ministério dos Transportes, nos casos de concessão e permissão, os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre; (Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014)
> IV - elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;
> V - editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;
> VI - reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;
> VII - proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;
> VIII - fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;
> IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)
> X - adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito dos arrendamentos contratados;
> XI - promover estudos sobre a logística do transporte intermodal, ao longo de eixos ou fluxos de produção;
> XII - habilitar o Operador do Transporte Multimodal, em articulação com as demais agências reguladoras de transportes;
> XIII - promover levantamentos e organizar cadastro relativos ao sistema de dutovias do Brasil e às empresas proprietárias de equipamentos e instalações de transporte dutoviário;
> XIV - estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas;
> XV - elaborar o seu orçamento e proceder à respectiva execução financeira.
> XVI - representar o Brasil junto aos organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados na sua área de competência, observadas as diretrizes do Ministro de Estado dos Transportes e as atribuições específicas dos demais órgãos federais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)
> XVII - exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no inciso VIII do art. 21 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, nas

rodovias federais por ela administradas. (Incluído pela Lei nº 10.561, de 13.11.2002)
XVIII - dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes. (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)
Parágrafo único. No exercício de suas atribuições a ANTT poderá:
I - firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista a descentralização e a fiscalização eficiente das outorgas;
II - participar de foros internacionais, sob a coordenação do Ministério dos Transportes.
III - firmar convênios de cooperação técnica com entidades e organismos internacionais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)
Art. 25. Cabe à *ANTT*, como atribuições específicas pertinentes ao *Transporte Ferroviário*: (Redação dada pela Medida Provisória nº 576, de 2012)
I - publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário, permitindo-se sua vinculação com contratos de arrendamento de ativos operacionais;
II - administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a vigência desta Lei, em consonância com o inciso VI do art. 24;
III - publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias, *com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados*;
IV - fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados;
V - regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes;
VI - articular-se com órgãos e instituições dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para conciliação do uso da via permanente sob sua jurisdição com as redes locais de metrôs e trens urbanos destinados ao deslocamento de passageiros;
VII - contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória das ferrovias, em cooperação com as instituições associadas à cultura nacional, orientando e estimulando a participação dos concessionários do setor.
VIII - regular os procedimentos e as condições para cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível na infraestrutura ferroviária explorada por concessionários. (Incluído pela Lei nº 12.743, de 2012)
Parágrafo único. No cumprimento do disposto no inciso V, a ANTT estimulará a formação de associações de usuários, no âmbito de cada concessão ferroviária, para a defesa de interesses relativos aos serviços prestados.
Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário:
(...)
(destaques aditados)

Corrobora-se o ora expendido, ainda, por meio das ementas a seguir colacionadas da Superior Corte, concernentes ao julgamento de situações parelhas que se amoldam ao caso sub judice. Extrai-se dos julgados o reconhecimento da legitimidade ativa e passiva *ad causam* da União para figurar nos feitos que versem sobre a gestão e a execução dos serviços de transporte ferroviário, ainda que prestados por meio indireto (concessão, permissão, autorização), em decorrência de não poder ser afastado o interesse da União, até mesmo porque reflete a significativa dimensão do interesse público envolvido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. DEMANDA PROPOSTA PELA RFFSA EM FACE DE ARRENDATÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. UNIÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
(*omissis*)
6. O fato de a Lei 10.233/01 atribuir à *ANTT* a administração dos contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a sua vigência por si só não desnatura o *interesse da União de ocupar o pólo ativo da presente demanda, tendo em vista a sua condição de titular de todos os serviços objeto de contrato de concessão em cumprimento ao que determina a CF/88*. 7. Recurso especial não provido. (destaques aditados)
(STJ, REsp 1426884, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, v.u., DJe 16/03/2015);

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DANO MATERIAL - *RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO*. A Jurisprudência desta Corte considera a autarquia responsável pela conservação das rodovias e pelos danos causados a terceiros em decorrência da má conservação, contudo *remanesce ao Estado a responsabilidade subsidiária*. Agravo regimental provido em parte para afastar a responsabilidade solidária da União, persistindo a responsabilidade subsidiária. (destaques aditados)
(STJ, AGREsp 875604, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 25/06/2009).

ADMINISTRATIVO - RODOVIA FEDERAL - PEDÁGIO - CONTRATO DE CONCESSÃO -UNIÃO - MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES - ANTT - LEGITIMIDADE PASSIVA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126 DO STJ.
1. O acórdão recorrido abriga fundamentos de índole constitucional e infraconstitucional. A ora agravante, porém, não cuidou de interpor o devido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, de modo a incidir a jurisprudência sedimentada por meio da Súmula 126 deste Tribunal.
2. Ademais, a jurisprudência desta Corte adotou o entendimento segundo o qual a União é parte legítima para integrar a lide que trate de cobrança de pedágio em rodovia federal delegada a Estado-membro. *In casu*, conforme consignado no acórdão recorrido, *a participação da União Federal se dá por meio do Ministério dos Transportes, do qual a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT subrogou-se nos direitos e obrigações*.
Agravo regimental improvido. (destaque aditado)
(STJ, AGREsp 1119560, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 25/09/2009).

De conseguinte, conforme os fundamentos esposados, constata-se que a Rede Ferroviária Federal S/A era sociedade de economia mista prestadora de transporte ferroviário, *serviço público de natureza essencial, obrigatória e exclusiva, de titularidade da União e exercido por delegação*. Portanto, imperioso *reconhecer a imunidade tributária da RFFSA, de modo que se torna incabível a cobrança do IPTU referente aos anos anteriores a 2007*.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo interno, a fim de reformar a decisão singular que deu provimento aos embargos infringentes* e manter o acórdão vencedor por maioria.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

APELAÇÃO CÍVEL
0001191-63.2011.4.03.6115
(2011.61.15.001191-9)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO - SAAE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: Ap 1934847
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/07/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TARIFA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E COLETA DE ESGOTO. PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL. INÍCIO CONTAGEM. VIGÊNCIA DO CC/2002. NULIDADE DO TÍTULO. NÃO OCORRÊNCIA.
- O S.T.J. já se manifestou em sede de recurso especial representativo de controvérsia, no sentido de que é vintenário o prazo prescricional da pretensão executiva atinente à tarifa por prestação de serviços de água e esgoto, cujo vencimento, na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002, era superior a dez anos. Ao contrário, *como é o caso dos autos*, cuida-se de prazo prescricional decenal. Relativamente ao início da contagem do fenômeno extintivo, aquela corte superior pacificou-se no sentido de que deve ser contado a partir da vigência da nova lei, que se deu em 11 de janeiro de 2003. Não estão prescritos os débitos relativos às tarifas de água e esgoto, contado o prazo a partir de 11.1.2003.
- O STJ, quando do julgamento do REsp nº 1117903/RS, no regime de representativo de controvérsia, fundado em precedentes do STF, assentou entendimento, no sentido de que: a natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas (REsp 1117903/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010). Assim, não há que ser falar em incidência do CTN e consequentemente em lançamento, na espécie, o qual é puramente instituto de Direito Tributário. Portanto, a questão de nulidade do lançamento por ausência de notificação não merece ser acolhida por falta de supedâneo legal.
- A contraprestação pelo serviço de água não tem natureza jurídica de obrigação *propter rem*. Precedentes. Portanto, a cessão do imóvel à Prefeitura Municipal de São Carlo/SP em 19/04/2011 não tem o condão de desobrigar a embargante da cobrança dos débitos anteriores objeto da execução originária.
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimen-

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

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

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

Apelação interposta pela União contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução, bem como fixou honorários advocatícios em 10% do valor da execução (fls. 30/32 vº).

Aduz, às fls. 40/44 vº:

a) as CDA fundam-se em taxas vencidas entre 1998 e 2003, de maneira que os créditos estão prescritos, a teor do artigo 174 do CTN, porquanto passaram-se mais de cinco anos até a citação da apelante em 20/05/2011 ou ainda até o despacho citatório proferido em 28/04/2011;

b) nulidade do lançamento tributário por falta de notificação do sujeito passivo;

c) confusão entre autor e réu, em razão de o aludido imóvel objeto das cobranças de água e esgoto ter sido cedido gratuitamente à Prefeitura Municipal de São Carlos/SP;

g) impõe-se a extinção da execução fiscal e reversão da condenação ao ônus da sucumbência.

Em contrarrazões (fls. 49/59), o apelado requer a manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

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

Embargos à execução fiscal opostos pela União contra o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de São Carlos com vista a desconstituição do título executivo atinente à cobrança de dívida decorrente de serviços de água e esgoto.

Da prescrição

Sustenta a apelante que as CDAs fundam-se em taxas vencidas entre 1998 e 2003, de maneira que os créditos estão prescritos, a teor do artigo 174 do CTN, porquanto passaram-se mais de cinco anos até a citação da apelante em 20/05/2011 ou ainda até o despacho citatório proferido em 28/04/2011.

O S.T.J. já se manifestou em sede de recurso especial representativo de controvérsia, no sentido de que é vintenário o prazo prescricional da pretensão executiva atinente à tarifa por prestação de serviços de água e esgoto, cujo vencimento, na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002, era superior a dez anos. Ao contrário, *como é o caso dos autos*, cuida-se de prazo decenal. Confira-se:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO NÃO-TRIBUTÁRIO. FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. TARIFA/PREÇO PÚBLICO. PRAZO

PRESCRICIONAL. CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO.
1. A natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 447.536 ED, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 28.06.2005, DJ 26.08.2005; AI 516402 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30.09.2008, DJe-222 DIVULG 20.11.2008 PUBLIC 21.11.2008; e RE 544289 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 DIVULG 18.06.2009 PUBLIC 19.06.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: EREsp 690.609/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; REsp 928.267/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.08.2009, DJe 21.08.2009; e EREsp 1.018.060/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 09.09.2009, DJe 18.09.2009).
2. A execução fiscal constitui procedimento judicial satisfativo servil à cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública, na qual se compreendem os créditos de natureza tributária e não tributária (artigos 1º e 2º, da Lei 6.830/80).
3. Os créditos oriundos do inadimplemento de tarifa ou preço público integram a Dívida Ativa não tributária (artigo 39, § 2º, da Lei 4.320/64), não lhes sendo aplicáveis as disposições constantes do Código Tributário Nacional, máxime por força do conceito de tributo previsto no artigo 3º, do CTN.
4. Consequentemente, o prazo prescricional da execução fiscal em que se pretende a cobrança de tarifa por prestação de serviços de água e esgoto rege-se pelo disposto no Código Civil, revelando-se inaplicável o Decreto 20.910/32, uma vez que: "... considerando que o critério a ser adotado, para efeito da prescrição, é o da natureza tarifária da prestação, é irrelevante a condição autárquica do concessionário do serviço público. O tratamento isonômico atribuído aos concessionários (pessoas de direito público ou de direito privado) tem por suporte, em tais casos, a idêntica natureza da exação de que são credores. Não há razão, portanto, para aplicar ao caso o art. 1º do Decreto 20.910/32, norma que fixa prescrição em relação às dívidas das pessoas de direito público, não aos seus créditos." (REsp 928.267/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.08.2009, DJe 21.08.2009)
5. O Código Civil de 1916 (Lei 3.071) preceituava que: Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.
(...) "Art. 179. Os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177."
6. O novel Código Civil (Lei 10.406/2002, cuja entrada em vigor se deu em 12.01.2003), por seu turno, determina que: "Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.
(...) Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."
7. Consequentemente, é vintenário o prazo prescricional da pretensão executiva atinente à tarifa por prestação de serviços de água e esgoto, cujo vencimento, na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002, era superior a dez anos. Ao revés, cuidar-se-á de prazo prescricional decenal.
8. In casu, os créditos considerados prescritos referem-se ao período de 1999 a dezembro de 2003, revelando-se decenal o prazo prescricional, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.
9. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à origem, para prosseguimento da execução fiscal, uma vez decenal o prazo prescricional pertinente. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1117903/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010 - grifei)

Relativamente ao início da contagem do fenômeno extintivo, aquela corte superior pacificou-se no sentido de que deve ser contado a partir da vigência da nova lei, que se deu em 11 de janeiro de 2003. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRECEDENTES DA CORTE. PRESTAÇÕES ANTERIORES À VIGÊNCIA DO ATUAL CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028.
1. O prazo prescricional aplicável à pretensão de cobrança de taxas condominiais é de cinco anos, nos termos do art. 206, § 5º, I, do Código Civil.
2. Quando ainda não transcorrida a metade do prazo prescricional previsto no código anterior, aplica-se o prazo reduzido pelo Código Civil de 2002, contado a partir da vigência do código atual, ou seja, 11.1.2003.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg nos EDcl no AREsp 745.276/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 01/10/2015-grifei)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 200 DO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS E MATERIAIS. RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. ART. 932, III, DO CC. INCIDÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL.
1. Segundo a jurisprudência do STJ, a incidência do artigo 200 do Código Civil pressupõe a existência de relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal. A prescrição da pretensão indenizatória não corre quando a conduta ilícita supostamente perpetrada pela parte ré se originar de fato a ser apurado também no juízo criminal, sendo fundamental, para tanto, a existência de ação penal em curso ou ao menos inquérito policial em trâmite.
2. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, atenta aos princípios da segurança jurídica e da irretroatividade legal, firmou-se no sentido de que os prazos reduzidos devem ser contados a partir da vigência do novo Código Civil (11/1/2003), e não da data dos fatos que ensejaram a ação. Precedentes.
3. O Tribunal de origem concluiu que as recorrentes faziam parte do mesmo grupo econômico e o motorista causador do acidente fatal realizava atividade no âmbito do interesse econômico da parte ora recorrente, pelo que podem perfeitamente responder pelos danos morais e materiais, figurando, pois, corretamente no polo passivo da presente ação.
4. Em virtude da redação do parágrafo 2º do art. 475-Q do CPC/1973, a pretensão de afastamento da constituição de capital como garantia de cumprimento do julgado em função da solvabilidade da empresa recorrente encontra óbice na Súmula 7 deste Tribunal.
5. Agravo interno não provido.
(AgRg no REsp 1567594/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017-grifei)

Destarte, não estão prescritos os débitos relativos às tarifas de água e esgoto, contado o prazo a partir de 11.1.2003.

Da nulidade do lançamento por falta de notificação

O STJ, quando do julgamento do REsp nº 1117903/RS, no regime de representativo de controvérsia, fundado em precedentes do STF, assentou entendimento, no sentido de que: a

natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas (REsp 1117903/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Assim, não há que ser falar em incidência do CTN e consequentemente em lançamento, na espécie, o qual é puramente instituto de Direito Tributário. Portanto, a questão de nulidade do lançamento por ausência de notificação não merece ser acolhida por falta de supedâneo legal.

Da confusão entre autor e réu

Sustenta-se confusão entre autor e réu, em razão de o aludido imóvel objeto das cobranças de água e esgoto ter sido cedido gratuitamente à Prefeitura Municipal de São Carlos/SP.

Sem razão a apelante. O STJ firmou entendimento de que a contraprestação pelo serviço de água não tem natureza jurídica de obrigação *propter rem*, pois não se vincula à titularidade do imóvel, mas a quem solicitou o serviço. Assim, o inadimplemento é do usuário, ou seja, de quem efetivamente obteve a prestação do serviço. Confira-se: AgRg no Ag 1.244.116/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4.3.2010, DJe 12.3.2010; AgRg no Ag 1.323.564/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5.10.2010, DJe 2.2.2011.

No presente caso, está evidenciado ainda mais o caráter pessoal da obrigação em questão, na medida em que se trata de infração à legislação de água e esgoto do município, de modo que a responsabilidade pelo pagamento do débito referente é do usuário do serviço. Portanto, a cessão do imóvel à Prefeitura Municipal de São Carlo/SP em 19/04/2011 (fl. 120) não tem o condão de desobrigar a embargante da cobrança dos débitos anteriores objeto da execução originária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0011477-25.2011.4.03.6140
(2011.61.40.011477-9)

Apelante: JOÃO BATISTA DE AZEVEDO JUNIOR
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MAUA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: Ap 2111280
Disponibilidade do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/07/2018

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. IMPOSTO DE RENDA. LEI Nº 7.713/88. MOLÉSTIA GRAVE. VENCIMENTOS RECEBIDOS EM ATIVIDADE. ARTIGO 111, II DO CTN INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.
1. O art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 aplica-se a todos os requerimentos administrativos formulados ou ações ajuizadas a partir do dia 09/06/2005, pouco importando que os fatos geradores dos tributos indevidamente recolhidos sejam anteriores a essa data. Considerando que a presente demanda foi ajuizada em 16/11/2011, aplica-se a prescrição quinquenal, atingindo as parcelas retidas anteriormente à 16/11/2006.
2. O artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88 impõe a presença de dois requisitos cumulativos para a isenção do imposto de renda, a saber: que os rendimentos sejam relativos à aposentadoria, pensão ou reforma, e que a pessoa física seja portadora de uma das doenças referidas. Enquadrando-se nas condições legais, o rendimento é isento do tributo.
3. Não é possível reconhecer o direito ao benefício da isenção sobre verbas decorrentes de vencimentos recebidos em atividade, uma vez que somente os proventos recebidos em decorrência da aposentadoria ou reforma estão abrangidos pelo benefício legal.
4. A norma tributária isentiva não pode ser interpretada de forma a abranger contribuintes que se encontram na ativa e não recebam aposentadoria ou pensão.
5. O E. STJ firmou entendimento no sentido da impossibilidade de interpretação das normas de isenção de forma analógica ou extensiva, sendo descabido ampliar o benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, nos termos do artigo 111, II, do CTN.
6. Não há que se falar em violação ao princípio da isonomia (artigo 150, II da Constituição Federal) já que a isenção é devida em favor dos inativos portadores de moléstia grave e tem como objetivo desonerar o aposentado incapaz de exercer atividade laborativa e que se encontra em desvantagem face ao aumento de despesas com o tratamento da doença.
7. O próprio autor, ora apelante, afirma que "a partir de sua aposentadoria, não mais contribuiu para a Receita Federal do Brasil", ou seja, reconheceu que seus proventos de aposentadoria já estão isentos de tributação pelo imposto de renda.
8. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por *JOÃO BATISTA DE AZEVEDO JUNIOR* objetivando a declaração de isenção do imposto de renda, bem como a restituição do tributo incidente sobre os rendimentos recebidos desde 11/11/1999, data em que foi diagnosticado com Mal de Parkinson.

Relata o autor que em 01/12/2009 requereu e obteve junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, o benefício de aposentadoria por invalidez, em razão de sofrer Mal de Parkinson, doença elencada no rol do artigo 6º, XIV da Lei nº 7.713/88.

Dessa forma, com base no princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, afirma que não está sujeito ao recolhimento do imposto de renda desde a data do acometimento da doença.

Ação ajuizada em 16/11/2011. Valor atribuído à causa: R$ 10.000,00 (Dez mil reais).

Às fls. 36, o MM. Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Ribeirão Pires reconheceu a incompetência do Juízo Estadual para o conhecimento da causa, determinando a remessa dos autos à Vara Federal de Mauá.

O MM. Juiz *a quo*, sob o fundamento de que a isenção não alcança remuneração decorrente de trabalho assalariado, o que torna descabida a pretensão em período anterior a 01/12/2009, reconheceu a prescrição quinquenal do direito à repetição do indébito e julgou improcedente o pedido.

Em suas razões de apelo, pugna o autor a reforma do julgado, sustentando, em síntese, que: (a) apresentou laudo médico particular atestando como início da doença a data de 01/11/1999 e ainda, histórico de perícia médica elaborado pelo INSS apontando o início da doença em 01/09/2000; (b) a isenção abrange tanto os proventos de aposentadoria e reforma como os rendimentos recebidos pelos portadores de doenças descritas no artigo 6º da Lei nº 7.713/88, não havendo distinção entre ativos e inativos e (c) a prescrição aplicável ao caso é a decenal.

Com contrarrazões às fls. 106/110, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

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

Inicialmente verifico que o recurso foi interposto anteriormente a 18/03/2016, data da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, impondo-se, de rigor, sua análise sob a égide da legislação processual anterior.

Quanto ao requerimento de aplicação da prescrição decenal, cumpre observar que o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, em 04.08.2011, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 566.621, acatou a tese de que o prazo simples de cinco anos, fixado pela Lei Complementar nº 118/2005 para que o contribuinte peça ressarcimento de valores que lhe foram cobrados indevidamente vale a partir da entrada em vigor da lei complementar, isto é, 09.06.2005, elegendo como elemento definidor o ajuizamento da ação.

Desse modo, o art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 aplica-se a todos os requerimentos administrativos formulados ou ações ajuizadas a partir do dia 09/06/2005, pouco importando que os fatos geradores dos tributos indevidamente recolhidos sejam anteriores a essa data.

Nesse sentido, vem decidindo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica da ementa a seguir transcrita:

> PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA - IRPF. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE JUROS DE MORA PAGOS NO CONTEXTO DE DESPEDIDA OU RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. TEMAS JÁ JULGADOS PELA SISTEMÁTICA INSTITUÍDA PELO ART. 543-C, DO CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008.
> 1. Tanto o STF quanto o STJ entendem que para as ações de repetição de indébito relativas a tributos sujeitos a lançamento por homologação ajuizadas de 09.06.2005 em diante, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, ou seja, prazo de cinco anos com termo inicial na data do pagamento.
> 2. Já para as mesmas ações ajuizadas antes de 09.06.2005, deve ser aplicado o entendimento anterior que permitia a cumulação do prazo do art. 150, §4º com o do art. 168 , I, do CTN (tese do 5+5).
> 3. Precedente do STJ: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.269.570-MG, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.05.2012. Precedente do STF (repercussão geral): recurso representativo da controvérsia RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011.
> 4. No cálculo do imposto incidente sobre os rendimentos pagos acumuladamente em decorrência de decisão judicial, devem ser aplicadas às alíquotas vigentes à época em que eram devidos referidos rendimentos.
> 5. Por ocasião do julgamento do recurso representativo da controvérsia REsp. nº 1.227.133 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel .p/acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 28.9.2011, em que pese a divergência de fundamentos, o certo é que houve consenso da maioria quanto à tese da não-incidência de Imposto de Renda sobre juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho.
> 6. Recurso especial da Fazenda Nacional e recurso especial do particular não providos. (destaquei)
> (STJ, REsp 1086144/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 15/08/2012).

Considerando que a presente demanda foi ajuizada em 16/11/2011, aplica-se a prescrição quinquenal, atingindo as parcelas retidas anteriormente à 16/11/2006.

No que concerne ao pedido de restituição dos valores retidos a título de imposto de renda sobre os rendimentos de salário percebidos pelo autor, a sentença não merece reforma.

Assim dispõe o artigo 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713/88, com a redação conferida pela Lei nº 11.052/04:

> Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:
> (...)
> XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (Redação dada pela Lei nº 11.052, de 2004).

Como se observa, para a outorga da isenção do imposto de renda impõe-se a cumulação de dois requisitos pelo contribuinte: ser portador de uma das moléstias arroladas no dispositivo legal acima transcrito e receber proventos de aposentadoria ou reforma.

In casu, não obstante o autor possua doença elencada no referido artigo, não é possível reconhecer o direito ao benefício da isenção sobre verbas decorrentes de vencimentos recebidos em atividade, uma vez que *somente os proventos recebidos em decorrência da aposentadoria ou reforma estão abrangidos pelo benefício legal*, considerando, ainda, que a isenção deve ser interpretada restritivamente (art. 111, II, CTN).

É cediço que a norma tributária isentiva não pode ser interpretada de forma a abranger contribuintes que se encontram na ativa e não recebam aposentadoria ou pensão.

Nesse sentido, entendimento do E. STJ:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO EM ATIVIDADE, PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88. BENEFÍCIO RECONHECIDO A PARTIR DA APOSENTADORIA.
> *1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a isenção prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988 incide somente sobre os rendimentos da inatividade, não se aplicando sobre o que recebido na ativa.*
> 2. Recurso Especial provido.
> (REsp 1535025/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015) – Grifei

No mesmo sentido, jurisprudência desta C. Corte:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO. CARDIOPATIA GRAVE. SERVIDOR EM ATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. A exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara. No caso dos autos, a

questão controvertida é eminentemente de direito, não demandando qualquer dilação probatória, podendo ser de pronto analisada pelo Juízo, sendo, assim, passível de ser objeto de exceção de pré-executividade.
2. Como bem ressaltou o Juízo *a quo*, a questão se restringe à possibilidade ou não de concessão de isenção do imposto de renda ao servidor em atividade, com fundamento no artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88.
3. De fato, a Lei nº 7.713/88, estabeleceu, em seu artigo 6º, inciso XIV, isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma recebidos por portador de moléstia grave. No caso dos autos, contudo, trata-se de servidor público em atividade.
4. Nos termos do artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional, a lei que outorga isenção deve ser interpretada literalmente, não podendo abranger situações que não se enquadrem no texto expresso da lei. Desta forma, a norma tributária isentiva não pode ser interpretada de forma a abarcar os rendimentos recebidos pelo trabalhador que se encontra em atividade.
5. A jurisprudência pátria consolidou entendimento no sentido de que a isenção do imposto de renda, em caso de pessoa física portadora de moléstia grave, somente incide sobre os proventos de aposentadoria ou reforma, não abrangendo os rendimentos recebidos pelo trabalhador em atividade.
6. Agravo de instrumento desprovido.
(AI Nº 0000271-91.2017.4.03.0000/MS - Rel. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Terceira Turma - J. 02/08/2017 - DE: 10/08/2017)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. IRPF. ISENÇÃO. CARDIOPATIA GRAVE. ART. 6º, XIV, DA LEI Nº 7713/88. RECONHECIMENTO EM FAVOR DO CONTRIBUINTE. APELAÇAO IMPROVIDA.
1. A regra inserta no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88 prevê a outorga de isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria, reforma ou pensão, em face da existência de moléstia grave que acomete o contribuinte.
2. A E. Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1116620/BA, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que se tratando de isenção tributária, incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN.
(...)
8. Apelação improvida.
(TRF 3ª Região, APELAÇÃO CÍVEL nº 0005688-06.2014.4.03.6119/SP, Rel. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON, Sexta Turma, j. 16/02/2017, D.E. 06/03/2017).

Ainda, ressalto que o E. STJ, no julgamento do REsp 1.116.620-BA, submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC/1973, firmou entendimento no sentido da impossibilidade de interpretação das normas de isenção de forma analógica ou extensiva, sendo descabido ampliar o benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, nos termos do artigo 111, II, do CTN.

Por fim, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia (artigo 150, II da Constituição Federal) já que a isenção é devida em favor dos inativos portadores de moléstia grave e tem como objetivo desonerar o aposentado incapaz de exercer atividade laborativa e que se encontra em desvantagem face ao aumento de despesas com o tratamento da doença.

Como restou evidenciado na decisão recorrida, o próprio autor, ora apelante, afirma que "a partir de sua aposentadoria, não mais contribuiu para a Receita Federal do Brasil", ou seja, reconheceu que seus proventos de aposentadoria já estão isentos de tributação pelo imposto de renda.

O princípio da igualdade não tem o propósito de estender os efeitos da isenção ao trabalhador ativo. Com efeito, são situações excepcionais, ensejando tratamentos distintos, consoante previsto na legislação anteriormente referida.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0005588-30.2013.4.03.6105
(2013.61.05.005588-0)

Apelante: COOPUS COOPERATIVA DOS USUÁRIOS DO SISTEMA DE SAÚDE DE CAMPINAS
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: ApReeNec 356603
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2018

EMENTA

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VALORES REPASSADOS A DENTISTAS PRESTADORES DE SERVIÇOS AOS SEGURADOS BENEFICIÁRIOS DE PLANOS DE SAÚDE. ARTIGO 22, INCISO III, DA LEI Nº 8.212/91. NÃO INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

I. A contribuição social consiste em um tributo destinado a uma determinada atividade exercitável por entidade estatal ou paraestatal ou por entidade não estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público.

II. A natureza do contrato estabelecido entre o plano de saúde e o paciente é securitária. A operadora disponibiliza ao segurando assistência médica e odontológica, não lhe prestando os serviços diretamente. Para este fim, a operadora intermedeia com profissionais da área da saúde a execução da prestação de tais serviços e compromete-se a repassar aos profissionais de saúde as verbas resultantes desta prestação de serviços havida entre estes e o segurado.

III. Não se pode confundir a contribuição devida pelo prestador de serviço médico/odontológico (cooperativa de médicos equiparada a empresas) às operadoras de plano de saúde, com eventual contribuição daqueles que, como contribuintes individuais, prestam serviços aos segurados dos referidos planos. Também não há que se questionar a exigibilidade da exação quando a operadora de saúde não se subsume na hipótese legal de incidência tributária colhida acima, uma vez que apenas faz a intermediação entre o prestador de serviço de saúde com o contratante do plano de saúde, ora paciente.

IV. Não se opera, neste caso, a prestação de serviço diretamente à empresa de plano de saúde, tal como previsto no inciso III, do artigo 22, da Lei nº 8121/91. A operadora apenas repassa os valores devidos aos médicos/dentistas pela prestação de serviços de saúde a seus clientes/pacientes, a quem efetivamente presta os serviços.

V. Assim sendo, não incide contribuição previdenciária sobre os valores repassados a médicos e dentistas pelas operadoras de planos de saúde.

VI. Com relação aos critérios de correção monetária e juros da compensação, o Superior Tribunal de Justiça, ao proferir decisão no Recurso Especial nº 1.112.524/DF, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC, pacificou entendimento para a aplicação dos critérios de correção monetária nas hipóteses de compensação de créditos tributários.

VII. Remessa oficial improvida. Apelação da parte impetrante provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de junho de 2018.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por COOPUS - Cooperativa de Usuários do Sistema de Saúde de Campinas e Região objetivando o afastamento da incidência da contribuição previdenciária relativa aos valores repassados aos profissionais da área da saúde credenciados que prestam serviços aos seus cooperados, nos termos do artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91.

Sobrevinda a sentença, o MD. juiz *a quo* houve por bem conceder a segurança requerida, para que a autoridade coatora se abstenha de exigir da impetrante a contribuição previdenciária sobre o repasse de valores aos profissionais de saúde credenciados que prestam serviços aos cooperados. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios. Foi determinado o reexame necessário.

Nas razões recursais, a parte impetrante recorre pleiteando a aplicação da taxa SELIC para fins de atualização monetária e juros de mora.

Decorrido o prazo legal, subiram os autos a esta Corte Regional.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS (Relator):

O mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

Percebe-se, portanto, que, dentre outras exigências, é necessário que o direito cuja tutela se pretende seja líquido e certo.

Todavia, a conceituação de direito líquido e certo não se relaciona com a existência ou não de dúvida ou controvérsia, sob o prisma jurídico, em relação a existência do direito.

Assim, é líquido e certo o direito apurável sem a necessidade de dilação probatória, ou seja, quando os fatos em que se fundar o pedido puderem ser provados de forma incontestável no processo.

Portanto, a presença de prova pré-constituída a amparar a pretensão do impetrante impõe aqui o exame da questão.

A contribuição social consiste em um tributo destinado a uma determinada atividade exercitável por entidade estatal ou paraestatal ou por entidade não estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público.

O artigo 195 da Constituição Federal reza que:

> A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
> a) folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (...)

Por sua vez, o artigo 22, inciso III, da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9876/99, estabelece:

> Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:
> III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais *que lhe prestem serviços*;

A natureza do contrato estabelecido entre o plano de saúde e o paciente é securitária. A operadora disponibiliza ao segurando assistência médica, não lhe prestando os serviços diretamente. Para este fim, a operadora intermedeia com profissionais da área da saúde a execução da prestação de tais serviços e compromete-se a repassar aos profissionais de saúde as verbas resultantes desta prestação de serviços havida entre estes e o segurado.

Não se pode confundir a contribuição devida pelo prestador de serviço médico (cooperativa de médicos equiparada a empresas) às operadoras de plano de saúde, com eventual contribuição daqueles que, como contribuintes individuais, prestam serviços aos segurados dos referidos planos. Também não há que se questionar a exigibilidade da exação quando a operadora de saúde não se subsume na hipótese legal de incidência tributária colhida acima, uma vez que apenas faz a intermediação entre o prestador de serviço de saúde com o contratante do plano de saúde, ora paciente.

Não se opera, neste caso, a prestação de serviço diretamente à empresa de plano de saúde, tal como previsto no inciso III, do artigo 22, da Lei nº 8121/91. A operadora apenas repassa os valores devidos aos médicos/dentistas pela prestação de serviços de saúde a seus clientes/pacientes, a quem efetivamente presta os serviços.

Esta é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual peço vênia para transcrever:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535, INC. II, DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 22, INC. III, DA LEI N. 8.212/91. EMPRESA SEGURADORA. SEGURO SAÚDE. REMUNERAÇÃO PAGA DIRETAMENTE AOS

PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE CREDENCIADOS (CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS). NÃO-INCIDÊNCIA.
1. Depreende-se dos autos que o julgado não fora omisso, prestando a jurisdição de modo adequado. Ofensa ao art. 535, inc. II, do CPC afastada.
2. *"As empresas que operacionalizam planos de saúde repassam a remuneração do profissional médico que foi contratado pelo plano e age como substituta dos planos de saúde negociados por ela, sem qualquer outra intermediação entre cliente e serviços médico-hospitalares. Nesse caso, não incide a contribuição previdenciária" (REsp 633134/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 16.9.2008). Outros precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 442829/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 25.2.2004*;
EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 442829/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 26.5.2004).
3. Recentemente, no julgamento do REsp n. 1106176/RJ, de relatoria do Min. Herman Benjamin, assentada do dia 6.5.2010, esta Turma reiterou esse entendimento.
4. Recurso especial provido.
(REsp 975.220/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 22/09/2010)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. VALORES REPASSADOS AOS MÉDICOS CREDENCIADOS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO. COMPENSAÇÃO. LIMITE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
1. "*Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não incide contribuição previdenciária sobre os valores repassados aos médicos pelas operadoras de plano de saúde" (AgRg no AREsp 176.420/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 22/11/2012).*
2. "Os limites à compensação tributária (introduzidos pelas Leis 9.032/95 e 9.129/92, que, sucessivamente, alteraram o disposto no artigo 89, § 3º, da Lei 8.212/91) são de observância obrigatória, mercê da inexistência de declaração de inconstitucionalidade (em sede de controle difuso ou concentrado) dos aludidos diplomas normativos" (EREsp 919.373/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJ de 26/04/11).
3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para restabelecer a sentença.
(REsp 987342/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 20/05/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. VALORES REPASSADOS AOS MÉDICOS CREDENCIADOS. NÃO INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO OBJURGADO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESSA CORTE SUPERIOR. PRECEDENTES: AGRG NO RESP. 1.129.306/RJ, REL. MIN. CASTRO MEIRA, DJE 08.09.2010 E RESP. 874.179/RJ, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 14.09.2010. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.
1. *Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não incide contribuição previdenciária sobre os valores repassados aos médicos pelas operadoras de plano de saúde*. Precedentes.
2. Afigura-se inadequada a argumentação relacionada à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB) e do enunciado 10 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, pois não houve declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais suscitados, tampouco o afastamento destes, tão somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável à espécie.
Precedentes: AgRg no REsp. 1.264.924/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 09.09.2011; e EDcl no AgRg no REsp. 1.232.712/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 26.09.2011.
3. Agravo Regimental da Fazenda Nacional desprovido.

(AgRg no REsp 1150398/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 20/05/2013)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA.
1. Aplica-se a Súmula 211/STJ, ante a falta de prequestionamento da tese recursal que sustentava que a Lei 9.656/98 equiparava as operadoras de plano de saúde à cooperativa, o que não autorizaria a Corte de origem a diferenciá-la, para efeito de recolhimento da contribuição previdenciária.
2. *Não cabe às operadoras de planos de saúde o recolhimento das contribuições previdenciárias referentes aos valores repassados aos médicos que prestam serviços a seus clientes.* Precedentes: REsp 1.106176/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 17.06.10; AgRg no AgRg no REsp 1.150.168/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.05.10; EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 442.829/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 26.05.04; REsp 633.134/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 16.09.08; AgRg no REsp 874.179/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 18.03.10.
3. Agravo regimental não provido.
(AgRg no REsp 1129306/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 08/09/2010)

Assim sendo, não incide contribuição previdenciária sobre os valores repassados a médicos pelas operadoras de planos de saúde.

Com relação aos critérios de correção monetária e juros da compensação, o Superior Tribunal de Justiça, ao proferir decisão no Recurso Especial nº 1.112.524/DF, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC, pacificou entendimento para a aplicação dos critérios de correção monetária nas hipóteses de compensação de crédito tributários, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO *EXTRA* OU *ULTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).
1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento *extra* ou *ultra petita*, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em

21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento *extra, infra* ou *ultra petita* quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico(CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...)" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da

Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).
7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.
(STJ, Corte Especial, REsp 1.112.524/DF, Relator Ministro Luiz Fux, v. u., DJe 30/09/2010)

Isto posto, *nego provimento à remessa oficial e dou provimento à apelação da parte impetrante*, apenas para esclarecer os critérios de correção monetária e juros, nos termos da fundamentação.

Oficie-se a autoridade impetrada, encaminhando-se cópia da presente decisão.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0013123-34.2013.4.03.6000
(2013.60.00.013123-9)

Apelante: BANCO VOLKSWAGEN S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: Ap 2239412
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO - ADUANEIRO - PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO OBJETO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) OU ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. POSSIBILIDADE.
1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está pacificada no sentido da admissão da aplicação da pena de perdimento de veículo objeto de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil (leasing), independentemente da participação do credor fiduciário ou arrendante no evento que deu causa à pena. Precedentes.
2. Apelação a que nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal Mairan Maia (Relator).

São Paulo, 18 de julho de 2018.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Recebidos os autos à conclusão em 01/03/2018.

Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, proposta por Banco Volkswagen S/A com o objetivo de anular ato administrativo que aplicou pena de perdimento do veículo descrito na inicial, objeto de contrato de arrendamento mercantil, por transporte de mercadorias estrangeiras em desacordo com as normas aduaneiras.

Citada, a União Federal contestou o feito.

A sentença julgou improcedente o pedido. Honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da causa.

Em apelação, o Banco Volkswagen S/A pugnou pela reforma da sentença. Sustenta que em nada concorreu para a prática do ilícito, bem como encontrar-se o veículo apreendido em poder de terceiro por força de arrendamento mercantil (leasing).

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Consiste a controvérsia em saber acerca da possibilidade de aplicação da pena de perdimento de veículo objeto de arrendamento mercantil que serviu de instrumento para o transporte de mercadorias estrangeiras desacompanhadas de documentação e sem prova de introdução regular em território nacional.

Sustenta-se, na inicial, que a sanção aplicada pelo uso ilegal de bem pelo arrendatário não é, pelo princípio constitucional da intranscendentalidade da pena, imputáveis ao autor.

Até recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região prevaleceu o entendimento no sentido de a pena de perdimento não alcançar veículos cujo credor fiduciário não houvesse concorrido no ilícito, mediante os elementos probatórios carreados aos respectivos autos.

Refletindo sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça mudou seu posicionamento, fundamentando-se no fato de o contrato de arrendamento mercantil não ter o condão de afastar a aplicabilidade da legislação aduaneira, porquanto o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado. Admitir-se não poder o veículo objeto de leasing ser alvo de apreensão fiscal e consequente aplicação da pena de perdimento seria oferecer salvo-conduto para a prática de ilícitos fiscais.

Com efeito, incabível sobrepor-se o arrendamento mercantil ao interesse público inerente à atuação do fisco e do direito aduaneiro.

O fato de o veículo ser objeto de leasing não representa óbice à imposição da pena de perdimento do veículo, porquanto ao arrendador é dado, pelos meios previstos na legislação civil perseguir o interesse particular de reaver seu crédito mediante execução do contrato de arrendamento mercantil, quando o bem dado por garantia, por qualquer motivo, não se achar na posse do arrendatário, hipótese em que se inserem os autos.

A respeito do tema, confira-se, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cuja fundamentação passa a integrar minhas razões de decidir:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO/DESCAMINHO. VEÍCULO TRANSPORTADOR. PENA DE PERDIMENTO. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INOPONIBILIDADE AO FISCO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a aplicação da sanção de perdimento de veículo automotor objeto de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil (leasing), independentemente de valoração sobre a boa-fé do credor fiduciário ou arrendante, tendo em vista que os aludidos instrumentos particulares não são oponíveis ao Fisco (art. 123 do CTN).
> 2. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação.
> 3. Recurso Especial não provido.
> (REsp 1694124/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 19/12/2017)

TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO OBJETO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) OU ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.
INDEPENDENTE DE VERIFICAÇÃO DA BOA FÉ. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73.
I - Analisada a questão apontada como omissa deve ser afastada a alegada ofensa ao art. 535 do CPC/1973, estando caracterizado o intuito de utilizar os embargos de declaração como mero instrumento de rediscussão do pronunciamento judicial.
II - A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido da admissão de aplicação da pena de perdimento de veículo aos contratos de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil (leasing), independentemente da boa fé do credor fiduciário ou arrendante, tendo em vista que os aludidos instrumentos particulares não são oponíveis ao Fisco (art. 123 do Código Tributário Nacional). Precedentes: REsp 1572680/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 29/02/2016; AgRg no AgRg no AREsp 178.271/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 09/10/2015 .
III - Recurso especial provido.
(REsp 1648142/MS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE IRREGULAR DE MERCADORIAS. VEÍCULO OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PENALIDADE DE PERDIMENTO DO BEM. POSSIBILIDADE.
1. A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido da admissão da aplicação da pena de perdimento de veículo objeto de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil (leasing), independentemente da participação do credor fiduciário ou arrendante no evento que deu causa à pena. Precedentes.
2. Agravo interno a que se nega provimento.
(AgInt no REsp 1591876/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO OBJETO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) OU ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. POSSIBILIDADE.
1. A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido da admissão da aplicação da pena de perdimento de veículo objeto de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil (leasing), independentemente da boa fé do credor fiduciário ou arrendante. Isto porque os contratos de alienação fiduciária e arrendamento mercantil (leasing) não são oponíveis ao Fisco (art. 123, do CTN). Desse modo, perante o Fisco e para a aplicação da pena de perdimento, os contratos de alienação fiduciária e arrendamento mercantil (leasing) não produzem o efeito de retirar a propriedade do devedor fiduciante ou arrendatário, subordinando o bem à perda como se deles fossem, sem anular os respectivos contratos de alienação fiduciária em garantia ou arrendamento mercantil efetuados entre credor e devedor que haverão de discutir os efeitos dessa perda na esfera civil. Precedentes: REsp. nº 1.434.704 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 11.03.2014; REsp 1379870 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.10.2013; AgRg no REsp 1402273 / MS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 07.11.2013; REsp. n. 1.268.210 - PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 21.02.2013; REsp 1153767 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17/08/2010; extinto TFR, ACR n. 7962/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Costa Leite, julgado em 26.04.1988.
2. Agravo regimental não provido.
(AgRg no REsp 1.471.116/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PENA DE PERDIMENTO DO BEM. VEÍCULO TRANSPORTADOR. O FATO DE O VEÍCULO SER ALIENADO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM CONTRATO DE LEASING. NÃO AFASTA A APLICAÇÃO DA PENA DE SEU PERDIMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O STJ possui entendimento de que o fato do veículo apreendido ser alienado, diante da existência de contrato de leasing, não impede a adoção da medida coercitiva de perdimento do bem, porquanto a forma pela qual foi adquirido o veículo não afasta a incidência do interesse público inerente à atuação da autoridade fiscal, que pretende combater o ingresso irregular de mercadorias no território nacional.

2. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.452.576/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 14/11/2014)

Nada há a retocar na sentença proferida em consonância com o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

Sentenças



PROCEDIMENTO COMUM
0001474-34.2011.4.03.6100

Autora: ASSOCIAÇÃO MISSIONÁRIA DOS FRANCISCANOS MENORES CONVENTUAIS - SOMIFRAMECO
Réu: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: DENISE APARECIDA AVELAR
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2018

Vistos.

Trata de ação de procedimento comum promovida por ASSOCIAÇÃO MISSIONÁRIA DOS FRANCISCANOS MENORES CONVENTUAIS – SOMIFRAMECO em face de INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA, objetivando a concessão de tutela antecipada para suspensão do Auto de Infração nº 262905-D e, por consequência, da exigibilidade da multa que lhe fora imposta, bem como para suspender o Termo de Apreensão e Depósito nº 129504-C, para que os animais vistoriados permaneçam sob seus cuidados, até oportuna prolação de sentença.

Em sede de julgamento definitivo de mérito, requer a confirmação do pedido de tutela antecipada, ou, alternativamente, *(i)* que os animais só sejam retirados de sua guarda caso o Réu apresente um estudo técnico apontando os riscos à saúde dos animais envolvidos na transferência, bem como comprove sua capacidade de oferecer-lhes um lar digno, em que receberão os devidos cuidados, e, caso se entenda pela concretização de evento infracional, que seja convertida a multa aplicada em penalidade de advertência; ou *(ii)* no caso de manutenção da multa estabelecida pelo auto de infração, que a penalidade pecuniária seja convertida na prestação de serviços de melhoria na qualidade ambiental, conforme permitido pelo artigo 72, § 4º da Lei nº 9.605/1998 e pelo artigo 139 e seguintes do Decreto nº 6.514/2008, que devem ser traduzidos pelo trabalho que já vem sendo desenvolvido pela entidade durante os últimos vinte anos; ou, ainda, (iii) que a penalidade pecuniária aplicada à Autora seja adequada em consonância com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa fé, observando, em especial, a sua situação financeira e falta de antecedentes infracionais, aplicando-lhe a penalidade mínima de R$ 50,00 (cinquenta reais), conforme o artigo 9º do Decreto nº 6.514/2008.

A Autora, entidade beneficente sem fins lucrativos, narra manter em suas dependências animais domesticados, vinculados ao projeto pedagógico que dedica a crianças e adolescentes carentes. Informa que a criação dos animais se deu há aproximadamente vinte anos, essencialmente a partir de animais abandonados em suas dependências, além de outros levados por moradores do bairro, Guarda Municipal de Mauá (SP) e Polícia Militar Ambiental.

Relata que, a fim de regularizar a situação dos animais, requereu junto ao Réu a autorização necessária para mantê-los sob a sua guarda (Processo Administrativo nº 02027.003645/2001-11). Foi, então, notificada repetidas vezes para regularizações atinentes à categoria de criadouro conservacionista, até que, em 23.09.2002, recebeu do Réu, por meio do Ofício nº 352/2002, a informação de que a autorização lhe havia sido deferida, porém condicionada à apresentação de projeto complementar de modificação estrutural.

Alega, entretanto, que, após a apresentação do projeto, recebeu, em 20.04.2004, a diligência de três agentes do Réu, que procederam à lavratura do Auto de Infração nº 262905-D,

com a imposição da penalidade de multa no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), em razão da constatação da presença de animais silvestres. Na mesma ocasião, restou lavrado o Termo de Apreensão e Depósito nº 129504-C, com a nomeação de fiel depositário; e, posteriormente, aberto inquérito criminal que culminou no ajuizamento da Ação Penal nº 554.01.2004.021829-4, promovido perante a 1ª Vara Criminal de Santos para apuração do crime previsto pelo art. 29, §1º, III da Lei Federal nº 9.605/1998.

De acordo com a Autora, os recursos opostos na via administrativa foram rejeitados pelo Réu, que, então, houve por bem notificar a Autora em 15.09.2010 para recolher o valor da penalidade. No curso da ação penal, entretanto, foi reconhecida pelo Ministério Público a prescrição antecipada, tendo sido determinada a expedição de ofício ao Réu quanto à possibilidade de permanência dos animais sob a guarda da Autora, com a nomeação de seu diretor como fiel depositário.

Sustenta que tanto o auto de infração quanto o termo de apreensão e depósito deixaram de considerar as exceções previstas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 11 do Decreto nº 3.179/1999, na medida em que entre os animais sob sua guarda inexistem espécimes sob o risco de extinção, bem como pelo fato de ter procurado o Réu voluntariamente para regularização da situação. Aduz, ainda, que não se trata de hipótese de tráfico de animais. Subsidiariamente, alega que o valor das penalidades não se mostra razoável, ignorando os gastos com as reformas adaptativas e o sustento dos animais ao longo dos anos.

Pugna, ainda, pela declaração do direito de manter os animais sob a sua guarda, o que seria possível mediante a interpretação sistemática e axiológica da legislação aplicável ao caso, bem como em observância ao bem estar dos animais e ao princípio da proteção ambiental.

Requer a concessão da Gratuidade da Justiça.

Atribui à causa o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Inicial acompanhada de procuração (fls. 56-57) e documentos.

Recebidos os autos, foi proferida a decisão de fls. 319-322, concedendo à Autora os benefícios da gratuidade da Justiça e deferindo parcialmente a tutela antecipada para determinar a permanência dos animais silvestres sob os cuidados da Autora, até decisão judicial contrária.

Às fls. 326-330, a Autora opôs embargos de declaração à decisão de fls. 319-322, alegando a ocorrência de omissão quanto à apreciação das exceções previstas no artigo 11, §§2º e 3º do Decreto nº 3.179/1999, na medida em que os animas sob sua guarda não estariam entre as espécies listadas como ameaçadas de extinção, inexistindo, ainda, oposição à sua retirada do estabelecimento.

Os embargos opostos foram rejeitados pela decisão de fls. 331/331vº, sendo então procedida a citação do Réu (fl. 333vº).

O réu apresentou a contestação de fls. 335-337vº, alegando, quanto ao mérito, que *(i)* a Autora não teria comprovado que os animais foram abandonados em suas dependências; *(ii)* as pessoas que encontram animais silvestres em estado de abandono ou mesmo aquelas que cuidaram por longos anos como animais domésticos devem encaminhá-los ao órgão ambiental, prevendo o Decreto nº 3.179/1999 a isenção de pena administrativa quando há entrega espontânea; (iii) a autuação e a apreensão dos animais silvestres encontrados era dever legal do Réu, com amparo nos artigos 1º, 11 e 29 da Lei nº 5.197/1967; e (iv) nos termos da Lei nº 9.605/1998, art. 25, §1º, verificada a infração, os animais serão libertados em seu habitat ou entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, desde que fiquem sob a responsabilidade de técnicos habilitados, pugnando, assim, pela improcedência da ação.

À fl. 339, a Autora informou a interposição de agravo de instrumento em face da decisão de fls. 319-322, nos termos da minuta de fls. 340-360.

A decisão de fl. 361 intimou a Autora para réplica, bem como as partes para especificação de provas.

A Autora apresentou a réplica de fls. 362-376, pugnando, ainda, pela realização de prova pericial veterinária para atestar a adequação de suas instalações e o bem estar dos animais sob os seus cuidados.

O Réu, por sua vez, requereu o julgamento antecipado do mérito, nos termos da manifestação de fls. 378-378vº

Às fls. 380-386 foi comunicado pela Colenda Sexta Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região o recebimento do agravo de instrumento da Autora com efeito suspensivo.

À fl. 390 foi determinada a remessa dos autos ao Arquivo em sobrestamento, aguardando-se a conclusão do julgamento do agravo de instrumento de nº 0010693-38.2011.4.03.0000-SP.

À fl. 391, o Réu informou a interposição de agravo de instrumento face à decisão de fl. 390, nos termos da minuta de fls. 391-395.

À fl. 397 foi proferida nova decisão determinando a remessa dos autos ao Arquivo, em sobrestamento.

À fl. 400 foi proferida decisão deferindo o pedido de realização de prova pericial, intimando as partes para a apresentação de quesitos e indicação de assistentes técnicos e determinando a comunicação de seu conteúdo aos autos do agravo de instrumento nº 0038089-87.2011.4.0.3.0000, em trâmite perante a Colenda Sexta Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Sobreveio, então a comunicação da decisão monocrática de fl. 404, julgando o agravo de instrumento interposto pelo Réu prejudicado e, portanto, negando-lhe provimento.

Às fls. 405-408, a Autora indicou assistente técnico e formulou quesitos.

Às fls. 410-410vº, o Réu indicou assistente técnico.

À fl. 411 foi proferida decisão determinando a expedição de ofício ao Conselho Federal de Medicina Veterinária para indicação de perito.

À fl. 414, o Conselho Federal de Medicina Veterinária indicou o nome do médico veterinário Marcelo Da Silva Gomes (CRMV-SP nº 6.266), que, intimado, aceitou a nomeação como perito (fl. 433).

À fl. 434 o Senhor Perito foi intimado para dar início aos trabalhos.

Certificada sua inércia, entretanto, sobreveio a decisão de fl. 442, determinando a expedição de ofício ao Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo para indicação de novo profissional.

Às fls. 469-474 foram trasladadas cópias do venerando acórdão da Colenda Sexta Turma do E. TRF-3 dando provimento ao agravo de instrumento de nº 0010693-38.2011.4.03.6100, interposto pela Autora.

À fl. 481 foi proferida decisão destituindo o Doutor Marcelo da Silva Gomes do encargo de perito e reiterando a decisão de fl. 442 no que concerne à expedição de ofício do Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo.

Decorrido o prazo fornecido para a resposta do conselho profissional, foi proferida a decisão de fl. 487, nomeando perita a Doutora Talia Missem Tremori, cadastrada no sistema de Assistência Judiciária Gratuita.

À fl. 493, a Senhora Perita requereu a designação da diligência pericial para o dia 22.07.2016, sendo as partes devidamente intimadas sobre a data sugerida (fls. 494 e 498vº).

O laudo pericial foi juntado às fls. 499-524.

À fl. 525 foi proferida decisão intimando as partes para manifestação sobre o laudo pericial, bem como majorando os honorários periciais para o limite da Resolução nº 305/2014.

Às fls. 526-533, a Autora apresentou sua manifestação sobre o laudo pericial. Ato contínuo, apresentou o parecer técnico de fls. 535-653.

À fls. 655-657, o Réu apresentou as informações nº 00018/2017/PROT/PFE-IBAMA-SP/PGF/AGU e o parecer técnico nº 3/2017/DITEC-SP/SUPES-SP.

À fl. 659 foi certificado o pagamento dos honorários periciais, nos termos dos extratos de fls. 660-661.

Vieram os autos à conclusão.

É o relatório. Passo a decidir.

Concluída a prova pericial e considerando o amplo acervo documental apresentado, entendo desnecessária a produção de outras provas.

Ademais, ausentes alegações preliminares e presentes as condições de ação e os pressupostos processuais, passo à análise do mérito.

Trata-se de pedido formulado pela Autora para anulação do Auto de Infração lavrado pelo Réu sob o nº 262905-D (fl. 126), bem como do Termo de Apreensão/Depósito nº 129504-C (fl. 127), com o cancelamento da penalidade de multa lhe imposta no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e a manutenção dos animais que mantém em seus domínios, em caráter definitivo.

Com efeito, o auto de infração combatido tem fundamento nos artigos 29 e 70, § 1º, III da Lei nº 9.605/1998; e 2º, II e IV e 11, 1º, III do Decreto nº 3.179/1999, tendo sido lavrado em 20.04.2004 com a seguinte fundamentação:

> Por manter em cativeiro animais de fauna silvestre brasileira sem origem e sem autorização do órgão competente (IBAMA). Conforme Termo de Apreensão nº 129.504 "e" (fl. 126).

Vale dizer, a imposição da multa se deu após intimação para que a Autora promovesse alterações estruturais em sua dependência, conforme a narrativa inicial e as cópias do processo administrativo que a instruem.

Posteriormente, em 23.04.2004, restou elaborado o Relatório de Fiscalização de fl. 128, parcialmente reproduzido a seguir:

> Após vistoria realizada no endereço acima citado, ficou constatada a existência de 30 animais silvestres da fauna brasileira sem a comprovação da origem legal e sem qualquer tipo de marcação individual. (...) Diante de tal fato, foi lavrado o Auto de Infração nº 2628905 SÉRIE "D" e o Termo de Apreensão e Depósito nº 129504. SÉRIE "C" em 20.04.2004 dos 30 animais silvestres. Ressaltamos ainda que a equipe não constatou a presença de animais silvestres constantes da Lista de Espécies da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção publicada pelo MMA, Portaria nº 03/03. Informamos ainda que os animais silvestres apreendidos foram deixados sob a guarda do referido criadouro na situação de Fiel Depositário, até que o IBAMA providencie a retirada e a destinação dos mesmos (fl. 128).

Ressalte-se que o auto de infração, enquanto ato administrativo, goza de presunção de legalidade e veracidade. Associado a isso, é certo que a própria Autora confessa em sua inicial

a guarda de animais domésticos e silvestres, o que foi atestado, posteriormente, por ocasião da realização de perícia.

Pois bem. Como cediço, a Constituição Federal garante o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, qualificando-o como bem de uso comum e essencial à qualidade de vida. Por essa razão, impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações, a teor do que dispõe o artigo 225, *caput* e parágrafo primeiro da Carta Magna:

> *Art. 225*. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> *§ 1º* Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> *I* - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
> *II* - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
> *III* - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
> *IV* - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
> *V* - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
> *VI* - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
> *VII* - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

O Réu atua como o órgão executor da Política Nacional do Meio Ambiente, cabendo-lhe promover a preservação, a conservação e o uso racional dos recursos ambientais, visando assegurar condições de desenvolvimento sócio-econômico, interesses da segurança nacional e a proteção da dignidade da vida humana, nos termos da Lei nº 6.938/1981:

> *Art 2º* - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: (...).
>
> *Art 6º* - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado (...).
> *IV* - órgãos executores: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, com a finalidade de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, de acordo com as respectivas competências; (...).

Ademais, cumpre-lhe, em exercício ao seu poder-dever de polícia administrativa, a adoção das providências necessárias para coibir eventual prática ambiental ilícita, nos termos do art. 2º, I e II da Lei nº 7.735/1989:

> *Art. 2º* É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:
> *I* - exercer o poder de polícia ambiental;
> *II* - executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; (...)

Por sua vez, nos termos do art. 70 da Lei nº 9.605/1998, considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. Referido dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 6.514/2008, que prevê, em seu art. 24, como infração contra a fauna, matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

Nesse contexto, a guarda de animais silvestres contraria, de fato, o quanto dispõe o artigo 29, *caput* e inciso III da Lei Federal nº 9.605/1998, *in verbis:*

> *Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:*
> *Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.*
> § 1º Incorre nas mesmas penas:
> I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;
> II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural;
> *III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.* (grifos nossos).

Convém destacar, entretanto, que para o caso de guarda de espécie silvestre não ameaçada de extinção, o artigo descrito concebe, em seu parágrafo 2º, a seguinte regra de exceção:

> § 2º *No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.* (grifos nossos).

Certo que o IBAMA, enquanto entidade fiscalizadora, ao identificar a presença dos animais antes da confirmação do registro da Autora como criadouro conservacionista, não procedeu necessariamente em erro ao lavrar o auto de infração e o termo de apreensão ora combatidos, sob pena de ofensa ao princípio da estrita legalidade.

Deixou, todavia, de realizar a análise da razoabilidade dos atos praticados, no momento em que lhe competia condicionar a aplicação da pena ambiental à análise das circunstâncias fáticas, nos termos do art. 29, III, §2º da Lei nº 9.605/1998.

Resta, portanto, a esse Juízo, a análise conjugada dos fatos.

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região há muito consolidou entendimento no sentido de que a fiscalização ambiental, para casos análogos ao dos autos, deve se operar nos limites do princípio da razoabilidade. Confiram-se, nesse sentido, os seguintes precedentes:

> ADMINISTRATIVO - AMBIENTAL - "PAPAGAIO DE CARA ROXA" MANTIDO EM VIDA DOMÉSTICA HÁ MAIS DE TRÊS DÉCADAS - ENTREGA DA AVE AO IBAMA - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - SENTENÇA MANTIDA.
> 1. Agravo retido não conhecido por não requerer a agravante expressamente, na apelação, sua apreciação pelo tribunal, nos exatos termos do artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil.
> 2. Não se desconhece que a posse de animal silvestre sem autorização ou permissão da autoridade competente, constitui infração ambiental, nos termos do artigo 29 da Lei nº 9.605/1998, passível, portanto, de apreensão, o que, em princípio leva ao reconhecimento da legalidade do ato da autarquia ambiental, mas necessário se faz observar ao princípio da razoabilidade.
> *3. O papagaio que o IBAMA pretende apreender vive com a impetrante há muito tempo e o vínculo desta e de sua filha com o animal fica evidente diante de sua iniciativa de recorrer ao Judiciário almejando ver reconhecido o direito de com ele permanecer.*
> *4. Assinale-se que a ave está sob a guarda e cuidados da impetrante, há mais de três décadas, o que faz supor que sua reintrodução ao meio ambiente poderia resultar em dano irreversível para a própria ave, que se acostumou a não ter de lutar pela própria sobrevivência no habitat natural respectivo, bem como poderia tornar-se presa fácil para os respectivos predadores, ou ter de suportar a rejeição - muito comum do bando ao qual procure se acostar.*
> 5. Assim, no caso em apreço, retirar o papagaio do ambiente doméstico acarretar-lhe-ia mais prejuízo do que efetiva proteção, mormente considerando a longa permanência desse pássaro sob os cuidados da impetrante.
> 6. Mantida a sentença que determinou ser jurídico, justo e razoável que não se perturbe a convivência harmônica, consolidada ao longo de mais de 25 (vinte e cinco) anos, entre a impetrante e seu papagaio - desde que ela efetivamente cumpra os compromissos que assumir perante o IBAMA, seguindo as orientações dos agentes competentes, inclusive autorizando a implantação de um chip para monitoramento do animal, para a devida fiscalização e o mais que seja necessário.
> (*TRF-3, AMS nº 16203 SP 0016203-41.2006.4.03.6100, Sexta Turma, J. Conv. Herbert de Bruyn, j. 18.04.2013, DJ 25.04.2013*) (grifos nossos).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR. CRIAÇÃO DOMÉSTICA DE AVE SILVESTRE - PAPAGAIO "NÊGO" (AMAZONA AESTIVA) - SEM A DEVIDA PERMISSÃO, LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE. PRETENSÃO DA FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL EM VÊ-LA DEVOLVIDA À VIDA SELVAGEM OU ENTREGUE A ZOOLÓGICO: DESPROPÓSITO, NA SINGULARIDADE DO CASO (AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE). ANIMAL JÁ DOMESTICADO E MUITÍSSIMO BEM TRATADO POR PESSOA QUE LHE DEDICA AFETO E DISPENDIOSOS CUIDADOS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO IBAMA REJEITADA. RECURSO DO AUTOR PROVIDO.
> 1. A diligência que foi levada a efeito por equipe de policiamento ambiental do Estado de São Paulo, resultou na autuação (multa) e apreensão de quatro aves silvestres, dentre as quais o papagaio "Nego", por infração ao artigo 25, § 3º, inciso III, da Resolução SMA nº 48/2014 - ter em cativeiro espécies da fauna nativa silvestre sem autorização do órgão ambiental competente. Referida norma infralegal da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo dispõe sobre as condutas infracionais ao meio ambiente e suas respectivas sanções administrativas, em regulamentação à Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, ao Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008, e ao Decreto Estadual nº 60.342, de 04 de abril de 2014. Logo, não se afigura descabida a indicação do IBAMA como parte passiva, até porque remanesce interesse quanto à manutenção e guarda definitiva do pássaro. Nada impede, porém, que o tema seja detidamente analisado no feito originário, oportunizado o contraditório.

> 2. Os documentos acostados aos autos (auto de infração ambiental e anexos) demonstram que a ave não sofria maus tratos e nem há indícios de que os agravantes desenvolvam atividade econômica ligada à comercialização de aves silvestres.
> 3. Na singularidade, a devolução da ave - aclimatada a um suave cativeiro, sem sofrer maus tratos e sendo bem cuidada - ao seu habitat natural ou mesmo a entrega a zoológicos não seria razoável tendo em vista que já está adaptada ao convívio doméstico há muito tempo; já perdeu o contato com o habitat natural (se é que algum dia o teve) e estabeleceu laços afetivos com os agravantes, de modo a tornar a mudança arriscada para a sobrevivência da ave, com perigo de frustração da suposta readaptação.
> *4. Ao Judiciário cabe também aplicar a lei atendendo a seus fins; a legislação ambiental específica dos animais busca a proteção deles, e de modo algum a ave carinhosamente chamada de "nêgo" estaria melhor se lançada à sanha de seus predadores ou aprisionada em zoológico. Destarte, deve ser, mesmo que excepcionalmente, reconhecido o direito da parte agravante de permanecer na posse e propriedade da ave indicada na peça inicial.*
> 5. Preliminar arguida em contraminuta rejeitada. Agravo de instrumento provido.
> (*TRF-3, AI nº 0027849-97.2015.4.03.6100, Sexta Turma, Rel. Des. Johonsom di Salvo, j. 21.07.2016, DJ 02.08.2016*) (grifos nossos).

Transcreve-se, a seguir, parte do voto do Iminente Relator do Agravo de Instrumento nº 0027849-97.2015.4.03.6100, dada a identidade de suas ponderações com o caso ora *sub judice*:

> É certo que a Lei nº 9.605/98 tipifica a conduta de ter em cativeiro espécimes da fauna silvestre sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente (...).
> Mas é óbvio que a severidade da disposição penal deve ser vista cum granulum salis quando existe demonstração de que o infrator devota aos animais um louvável grau de afeto e os trata com um tal grau de desvelo que se aproxima daquele que seria tributado até a um ser humano, como, por exemplo, assegurar-lhes cuidados médicos e alimentação muito adequada.
> Também é certo que o rigor do § 1º do artigo 25 da lei impõe que, verificada a infração, os animais sejam "libertados em seu habitat ou entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, desde que fiquem sob a responsabilidade de técnicos habilitados".
> Mas aqui cabe perguntar: qual a utilidade de se devolver ao habitat selvagem animais que se acostumaram a uma vida aprazível em cativeiro? Quem vai protegê-los dos outros animais predadores de suas espécies? O IBAMA - órgão federal notoriamente carente de recursos - terá condições de remeter os animais em segurança até um local selvagem onde sejam repostos na natureza?
> E outras questões se alevantam: será que algum zoológico destinará à ave de que cuida este processo o mesmo tratamento de excelência que os agravantes lhe tributam há tantos anos?
> A emenda pretendida pelo IBAMA não será pior do que o soneto?
> Ora, a decisão judicial também deve se pautar pela razoabilidade. (...).

No caso dos autos, frise-se que, até o ajuizamento da presente demanda, os animais apreendidos permaneceram sob a guarda da Autora nomeada como fiel depositária até que o Réu providenciasse a sua retirada e o transporte (fl. 128).

Aliás, em momento algum noticiou-se qual seria a sua destinação. É aventado na contestação de fls. 335-337vº que, a teor do que dispõe o artigo 25, §1º da Lei nº 9.605/1998, "os animais serão libertados em seu habitat natural ou entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, desde que fiquem sob a responsabilidade de técnicos habilitados", prosseguindo o Réu que "esses animais possuem seu lugar junto ao seu ecossistema natural e viver, ao menos, entre seus pares em um criadouro regularizado, visando a uma posterior reintrodução na natureza, é tecnicamente a alternativa melhor do ponto de vista do bem-estar do animal" (fl. 337).

É certo que os animais mantidos pela Autora têm origens diversas, entre o abandono de seus proprietários anteriores, maus tratos e mesmo apreensões da Polícia Militar Ambiental e da Guarda Municipal de Mauá (SP).

Note-se que o Réu não informou a existência de logradouros alternativos para os animais recebidos e tratados pela Autora na região. A Senhora Perita, por sua vez, foi enfática ao destacar que "as instituições mantidas pelo poder público são os CETAS e os CRAS, que não são criadouros conservacionistas, é sabido que existe uma superlotação destes locais, principalmente devido ao número de animais vítimas de tráfico e contrabando no Brasil" (fl. 522).

É possível, portanto, que o espaço mantido pela Autora consista na única opção viável para o tipo de serviço prestado, que, diga-se, é revestido de verdadeiro caráter comunitário e prestado há mais de três décadas.

Neste quadro, verifica-se que a permanência dos animais sob os cuidados da Autora se mostra a solução mais razoável, posto que adaptados às condições oferecidas, aos tratadores e mesmo à presença do público local.

Outro não é o entendimento consolidado nas instâncias superiores:

> ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. APREENSÃO DE MACACO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 1º DA LEI 5.197/1997 E DO ART. 25 DA LEI 9.605/1998. INEXISTÊNCIA.
> 1. Hipótese em que foi assegurada a posse do impetrante sobre uma fêmea de "macaco-barrigudo", mantida em cativeiro doméstico por mais de 19 (dezenove) anos e apreendida pelo Ibama por falta de autorização.
> 2. O Tribunal Regional afastou a necessidade de dilação probatória e manteve a sentença concessiva da segurança com base nas peculiaridades do caso concreto, sobretudo a dificuldade de adaptação do animal a um novo habitat; o bom estado de saúde demonstrado pelo boletim de ocorrência, o laudo médico e demais documentos colacionados aos autos pelo impetrante; e a relevância do interesse humano envolvido, considerando que a criação da primata pelo longo período gerou vínculo afetivo com a família, em especial com uma pessoa com deficiência mental.
> 3. A fauna silvestre, constituída por animais "que vivem naturalmente fora do cativeiro", conforme expressão legal, é propriedade do Estado (isto é, da União) e, portanto, bem público. *In casu*, ainda que não se possa afirmar tratar-se de animal totalmente domesticado, o longo período de vivência em cativeiro doméstico mitiga a sua qualificação como silvestre.
> 4. *Inexiste violação do art. 1º da Lei 5.197/1997 e do art. 25 da Lei 9.605/1998, pois a hipótese em análise é* sui generis *e legitima as razoáveis ponderações feitas pelo julgador ordinário para assegurar o direito à manutenção da posse da macaca com o impetrante e sua família. Não se pode olvidar que a legislação deve buscar a efetiva proteção dos animais, finalidade observada pelo julgador ordinário. Incidência da Súmula 7 do STJ.*
> 5. Recurso Especial não provido.
> (*STJ, REsp nº 1.085.045-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20.08.2009, DJ 04.05.2011*) (grifos nossos).

> ADMINISTRATIVO. DIREITO AMBIENTAL. PRESERVAÇÃO DA GUARDA DE ANIMAIS SILVESTRES. PERMANÊNCIA NO CATIVEIRO DOMÉSTICO DESDE LONGA DATA. Não faz sentido em mudar-se o "habitat" de animais silvestres mantidos em cativeiro doméstico por mais de vinte anos, seja pela perda de contato com o "habitat" natural, seja pelos laços afetivos estabelecidos no novo "habitat", seja pelo risco de frustrar-se a readaptação com possibilidade de evento letal. Entendimento da Turma. (*TRF-4, Apelação/Reexame Necessário nº 2008.71.07.002917-1/RS, 4ª Turma, Rel. Des. Sérgio Renato Tejada Garcia, j. 16.09.2009, DJ 29.09.2009*) (grifos nossos).

PROCESSUAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ANIMAIS SILVESTRES EM POSSE DO IMPETRANTE HÁ LOGO TEMPO. COMPROVAÇÃO DE BONS TRATOS. ARTS. 29, PARÁGRAFO 1º, III da LEI 9.605/98 E ART. 11, PARÁGRAFO 1º, III, DO DECRETO 3.179/99. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. LIVRE CONVENCIMENTO. EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS.
1. Embargos de Declaração opostos pelo IBAMA- INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, em face de acórdão prolatado por esta E. Segunda Turma, sob o argumento de que o acórdão foi omisso no tocante a: a) prova de que os animais estão em posse do Embargando há longos anos; b) assunção pelo Recorrido da obrigação contratual e voluntária de restituição ao IBAMA os papagaios, consoante cláusula 3ª; c) não apreciação da prova produzida nos autos; d) art. 29, parágrafo 1º, III da Lei 9.605/98 e art. 11, parágrafo 1º, III, do Decreto 3.179/99; e) consequências jurídicas dos sucessivos contratos de depósito; f) violação à cláusula de reserva de plenário em face dos artigos supramencionados. Sustenta, ainda, a utilização de subjetivismos e presunções, dentre elas: impossibilidade de adaptação dos animais à vida natural no ambiente, o bem-estar dos papagaios estaria assegurado pela posse do Embargado. Requereu a atribuição de efeitos infringentes e o provimento do recurso.
2. *No tocante à prova de que os animais estão em posse do Embargando há longos anos, verifica-se pelo termo de depósito constante dos autos, verifica-se que o mesmo foi inicialmente deferido em 2003. Assim, de fácil constatação que os mesmos permanecem em posse do Embargante há um tempo bastante razoável.*
3. Nos autos há atestados de veterinário comprovando a prestação de cuidados aos animais em questão, bem como declarando a saúde dos mesmos e bons tratos pelo seu possuidor. Assim, não há que se falar em utilização de subjetivismos quanto ao bem-estar dos papagaios estaria assegurado pela posse do Embargado.
4. No que se refere à assunção pelo Recorrido da obrigação contratual e voluntária de restituição ao IBAMA os papagaios, consoante cláusula 3ª, de se acrescer que não houve infringência ilegal. Ao não deferir administrativamente a renovação do depósito, insurgiu-se o Depositário impetrando *mandamus*, não ofendendo nenhum dispositivo legal. Tanto assim, que obteve, de princípio, liminar deferindo o pleito antecipatório.
5. Relativamente às consequências jurídicas dos sucessivos contratos de depósito, não se manifestou o acórdão tendo em vista que o que foi deferido ao Particular foi a permanência dos animais sob sua guarda, vez que restou comprovado que os animais estão sendo bem cuidados e que gozam de boa saúde, bem como que possuem adaptação ao ambiente em que vivem, consoante demonstram as fotos encartadas aos autos.
6. *No que tange aos dispositivos legais invocados, art. 29, parágrafo 1º, III da Lei 9.605/98 e art. 11, parágrafo 1º, III, do Decreto 3.179/99, o acórdão se manifestou no sentido que as peculiaridades do caso concreto permitem excepcionalmente a manutenção dos animais sob a guarda e cuidados do Impetrante, tendo em vista que não se comprovou prejuízo para o animal ou para Autarquia.* De se acrescer que os artigos supramencionados tratam de infração cometida por quem tem espécimes da fauna silvestre sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, não sendo este o caso dos autos, já que de início o Particular possuía o termo de aceitação de encargos e guarda voluntário de animais silvestres deferido pelo IBAMA, só vindo a não o possuir a partir do indeferimento da pretensão de renovação, quando ajuizou a presente ação. Assim, não há que se falar em ofensa aos referidos dispositivos, muito menos à cláusula de reserva de plenário. (...).
(*TRF-5, APELREEX nº 2008.82.00.005770-5/01, 2ª Turma, Rel. Des. Francisco Barros Dias, j. 04.05.2010, DJ 13.05.2010*) (grifos nossos).

Merece destaque, ainda, o fato de que o trabalho desempenhado pela entidade não possui fins lucrativos, sendo certo que a Autora mantém o local de condicionamento dos animais nos limites de sua capacidade financeira.

E, mesmo diante deste cenário, foi apontado no laudo pericial a existência de recintos de alta complexidade (fl. 509), alimentação disponível (fls. 506 e 511) e mesmo de assistência por clínica particular (fl. 504).

Cumpre ressaltar ainda que a notícia de reprodução dos animais assistidos (fl. 250) é prova da evidente adaptação das espécies no local, de modo que a sua abrupta retirada e eventual separação implicariam mais em prejuízos que em benefícios às espécies.

Nesse contexto, imputar à penalidade aplicada à Autora efeitos pedagógicos ou mesmo de educação ambiental à comunidade atendida, não se afigura razoável, mas, sim, em realidade, contraditório.

É certo que a intervenção estatal deve-se mostrar apta a atingir os objetivos pretendidos. A finalidade maior das normas ambientais é dar proteção aos animais silvestres e evitar práticas de custódia, comércio ilícito e contrabando.

Não se pode ignorar, entretanto, que por ocasião da lavratura do auto de infração e, posteriormente, do termo de apreensão, a Autora ainda detinha a expectativa de seu registro como criadouro conservacionista.

Ademais, a situação não se equipara a um flagrante de maus tratos ou abandono, nem de ilícito praticado à revelia do Réu, que tinha conhecimento da situação e acompanhava, de perto, a evolução da organização estrutural da Autora.

Também por esse viés deve-se considerar mitigada a alegada ilicitude, conforme a jurisprudência que segue:

> APREENSÃO E DEPÓSITO DE ANIMAIS SILVESTRES. ILEGITIMIDADE DA POSSE DA AUTORA. NOTIFICAÇÃO DO INDEFERIMENTO DO REGISTRO DOS ANIMAIS JUNTO AO IBAMA CONCOMITANTE AO ATO DE APREENSÃO E DEPÓSITO. PENALIDADE DECORRENTE DO AUTO DE INFRAÇÃO AFASTADA.É lícita a apreensão e o depósito de animais silvestres pelo IBAMA (dois papagaios tipo "amazonas") se indeferido o pedido de registro destes junto ao IBAMA em período anterior, de modo que configurada está a ilegitimidade da posse da parte impetrante. *Tendo a notificação do indeferimento do registro sido realizada concomitante ao ato de apreensão e depósito dos animais, não se mostra razoável a imputação da penalidade por infração ao disposto na Lei 9.605/98, que trata dos ilícitos praticados contra a fauna, devendo ser afastada a exigência da multa decorrente do auto de infração.* (*TRF-4, AMS nº2000.04.01.090241-7, 4ª Turma, Des. Rel. Antônio Lippmann Júnior, j. 12.06.2001, DJ 15.08.2001*) (grifos nossos).

DISPOSITIVO

Diante do exposto, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para, ratificando a decisão antecipatória de fls. 319-321vº, declarar o direito da Autora de permanecer com os animais relacionados, bem como a nulidade do Auto de Infração nº 262905-D e do Termo de Apreensão/Depósito nº 129504-C, com o consequente cancelamento da multa aplicada.

Condeno o Réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §2º do CPC.

P. R. I. C.

São Paulo, 26 de Julho de 2018.

Juíza Federal DENISE APARECIDA AVELAR

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0002104-55.2015.4.03.6131

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF
Ré: UNIÃO FEDERAL - UF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/03/2018

Vistos, em sentença.

Cuida-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da UNIÃO FEDERAL por meio da qual se pretende, em suma, garantir às pessoas portadoras de necessidades especiais o regular acesso aos prédios da Agência da Receita Federal no Município de Botucatu, na forma prevista pelo art. 3º, inciso I, da Lei Federal n. 13.146/2015, requerendo a condenação da ré em realizar as devidas adaptações nos referidos prédios, sob pena de multa diária. Sustenta o MPF, em apertadíssima suma, que em *15/04/2013* foi instaurado Inquérito Civil Público/ Tutela Coletiva, autuado sob n. *1.34.003.000100/2013-03*, instaurado com o objetivo de verificar a condição de acessibilidade dos portadores de necessidades especiais nos prédios públicos das Agências da Receita Federal no Município de Botucatu/ SP. Instado a prestar informações ao *Parquet*, o órgão fazendário esclareceu, em *setembro de 2013*, que no prazo de 60 dias seriam regularizados alguns dos problemas verificados, mas que, com relação às alterações envolvendo a estrutura do prédiuo, estas não seriam realizadas por absoluta impossibilidade.

Requerimento de antecipação dos efeitos da tutela indeferido pela decisão de fls. 37/38.

Citada, a ré apresenta constestação (fls. 47/51) onde aduz que nunca houve desídia ou contumácia das autoridades públicas quanto à resolução das questões de acessibilidade pendentes no prédio, que há a previsão de construção de uma nova sede para a agência da Receita Federal no município que contemplará todas as adequações de acessibilidade, que a pretensão do autor afronta o princípio constitucional de separação dos poderes, e que, em caso de condenação, espera a fixação de prazos razoáveis para a adoção das providências pertinentes, bem como pede o afastamento da multa diária.

Réplica do MPF às fls. 54/68.

O feito foi, inicialmente, sobrestado pelo prazo de 90 dias, para regularização administrativa das pendências atinentes ao prédio, a partir de 02/05/2016 (cf. fls. 103). Decorrido este período, designou-se audiência de tentativa de conciliação, que foi realizada aos 07/03/2017 (cf. Termo de fls. 123), a partir da qual se estabelece um prazo de mais 6 meses, findos os quais a ré, então, se compromete a demonstrar o andamento das providências tomadas para fins de edificação da nova sede da Receita Federal neste município. Decorrido, na íntegra, o prazo ali estabelecido, a ré informa (fls. 185) que, ante o início próximo das obras de construção pretende a suspensão do processo por um prazo de mais 6 meses, o que contou com a aquiescência do Órgão autor (fls. 191), razão porque o feito é suspenso por despacho que consta de fls. 192. No curso de prazo de suspensão processual, a União atravessa petição nos autos (fls. 197/198), informando que os procedimentos destinados à efetivação da construção da nova sede restaram frustrados, com a recusa da empresa adjudicatária do objeto da licitação a assinar o contrato de obra pública, em razão do que sobreveio determinação administrativa para o fim de abrir nova licitação para a construção da nova sede. Nada obstante, a União reitera que espera a

manutenção do sobrestamento do feito pelo prazo de 6 meses anteriormente concedido, com o que, desta vez, não se pôs de acordo o DD. Órgão do *Parquet* Federal.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

Antes prosseguir para os temas de julgamento propriamente ditos, será, necessário, *preliminarmente*, enfatizar que não há como aceder a um novo pedido de sobrestamento do feito efetuado pela ré. Ajuizada a ação aos *11/12/2015*, o feito é sobrestado, uma primeira vez, pelo prazo de *90 dias*, para regularização administrativa das pendências atinentes ao prédio, a partir de *02/05/2016* (cf. fls. 103). Decorrido este período, sem o atendimento integral das exigências da legislação, deliberou-se no sentido de designação de audiência de tentativa de conciliação, que foi realizada aos *07/03/2017* (cf. Termo de fls. 123), a partir da qual se estabelece um prazo de mais *6 meses*, findos os quais a ré, então, se comprometia a demonstrar o andamento das providências tomadas para fins de edificação da nova (e definitiva) sede da Receita Federal neste município, plenamente condizente com a legislação de acessibilidade. Mais uma vez decorrido, na integralidade, o prazo ali estabelecido, a ré informa – por petição protocolizada aos *19/12/2017* (fls. 185) – que, ante o iminente início das obras de construção da nova sede da Receita Federal, pretendia a suspensão do processo por um prazo de mais 6 meses, ao final dos quais, ainda uma vez, *verbis* (fls. 185/vº): "o ente público compromete-se a demonstrar as etapas da obra já cumpridas e a estimativa da respectiva finalização". Em razão dessa informação, e com a concordância do Órgão autor (fls. 191), o feito é, uma vez mais, suspenso por despacho que consta de *fls. 192*. Ocorre que, no curso de prazo de suspensão processual, a União atravessa petição nos autos (fls. 197/198), informando, em suma que os procedimentos destinados à efetivação da construção da nova sede restaram frustrados, com a recusa da empresa adjudicatária do objeto da licitação a assinar o contrato de obra pública, em razão do que sobreveio determinação administrativa para o fim de abrir nova licitação para a construção da nova sede. Nada obstante, a União reitera que espera a manutenção do sobrestamento do feito pelo prazo de 6 meses anteriormente concedido, com o que, desta vez, não se pôs de acordo o DD. Órgão do *Parquet* Federal (cf. fls. 207/208), em manifestação subscrita pelo *Eminente Procurador da República Dr. ANDRÉ LIBONATI*, nos termos seguintes:

> Compulsando os autos, verifca-se que o Inquérito Civil que originou a presente ação *fora instaurado em 2013, sendo certo que, até a presente data, as obras para a regularização das questões discriminadas na peça inicial não foram realizadas, ao menos em sua totalidade. Sequer foram juntadas aos autos, pela ré, documentos que comprovem as adequações consideradas por esta mesmo como sanadas.*
> Ainda, tem-se que *mesmo decorrido quase um ano desde a audiência de conciliação ocorrida em 07/03/2017, não houve sequer a contratação da empresa responsável pela construção da nova sede da agência no município de Botucatu, tampouco o início das obras* (g.n.).

Manifesto que tem razão o Ministério Público Federal. Em se tratando de ação ajuizada aos *11/12/2015*, o feito ainda se encontra em tramitação, sendo que a maior parte do tempo esteve paralisado no aguardo de providências administrativas que deveriam ser tomadas para solucionar a questão aqui alvitrada pelo Órgão Ministerial, e, o que é pior, *mais de dois anos depois*, ainda não é possível visualizar indicação, mínima que seja, de um horizonte precariamente definido para a resolução dessa questão, na medida em que os procedimentos que vinham sendo envidados pela autoridade administrativa restaram, até o momento, baldados.

Não é razoável aguardar ainda mais.

Embora não seja propriamente o caso de se reconhecer inoperância, desídia ou prevaricação dolosa dos agentes públicos envolvidos com essa problemática – no que é consabido que as diversas contingências e percalços, principalmente financeiros, a que se submete a administração pública, especialmente nos dias de hoje, limita bastante a atuação de seus agentes – o certo é que também não se pode contemporizar indefinidamente com o desacerto perene na prestação de serviços públicos essenciais, pena de condescendência.

Os prazos e providências aqui adotados foram mais do que razoáveis e elásticos, de forma a que, ao menos alguma parte das providências necessárias já pudesse ter sido adotada. E, ao cabo de mais de dois anos, nada ainda foi implementado, de sorte que não cabe, sem uma indicação mais concreta de que as obras necessárias efetivamente serão iniciadas, e quando, a concessão de qualquer outro prazo de suspensão processual que, por tal motivo, resta *indeferido*.

Encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. O caso é de julgamento antecipado, desnecessária a realização de qualquer outra prova para o deslinde da controvérsia posta nos autos, até porque a matéria defato não está controvertida pelas partes, na medida em que a própria ré reconhece que são necessárias adequações prediais à agência da Receita Federal aqui em questão, de molde a atender, integralmente, à legislação de improbidade. Nessa conformidade, presente o que dispõe o *art. 355, I do CPC*, passo ao conhecimento dos temas levantados nos autos.

A pretensão vertida na exordial é de hialina *procedência*. A tanto nem a própria ré objeta qualquer razão jurídica ao acolhimento do pedido inicial, no que efetivamente reconhece que a agência da receita Federal situada nesta urbe não atende a todas as regras específicas estampadas na legislação de acessibilidade. Exatamente por essa razão, a ação aqui em questão foi, por diversas vezes, paralisada, ainda em primeiro grau de jurisdição, aguardando o procedimento licitatório que, em princípio, iria culminar com a construção de um novo prédio para a agência da Receita Federal nesse município, o que, não há por onde negar, demonstra que a própria ré concorda que é necessária a readequação da estrutura predial atualmente existente de molde a compatibilizá-la com a legislação de regência pertinente à acessibilidade de prédios públicos.

É evidente que um órgão que se presta ao atendimento público deve – requisito mínimo de funcionamento – oferecer condições de acessibilidade a todas as pessoas, pressuposto intrínseco do exercício pleno da cidadania, e característica indissociável da índole democrática e republicana de nossas instituições. Nesse sentido, é absolutamente indissonante a jurisprudência de nossas Cortes Federais, cumprindo, quanto a tal temática, citar o seguinte precedente, do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INSS. ACESSIBILIDADE ÀS AGÊNCIAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DE ATIBAIA E BRAGANÇA PAULISTA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCESSÃO DE PRAZO PARA LICITAÇÃO E MULTA.
> 1. Sentença submetida ao reexame necessário, haja vista ter sido proferida contra autarquia federal, conforme disposto no art. 475, I, do CPC.
> 2. O MPF pleiteia a condenação do INSS em obrigação de fazer, consistente na execução das devidas adaptações nos prédios das APS de Atibaia e Bragança Paulista, conforme as normas estabelecidas pela NBR 9050/1994, na forma prevista nas Leis Federais 7.853/1989 e 10.098/2000, para viabilizar as condições de acessibilidade dos portadores de necessidades

especiais, sob pena de multa diária pelo descumprimento das medidas.
3. *A própria autarquia reconheceu a necessidade de adequação de suas agências* às determinações legais, no tocante à viabilização das condições de acessibilidade dos portadores de necessidades especiais, não dando ensejo à discussão sobre o mérito da aplicação das medidas.
4. Nesse aspecto, o INSS manifestou-se no sentido de que tem envidado esforços no sentido de adequar suas APS aos termos do disposto na NBR 9050/1994, tal como determinado pelas Leis nºs 7.853/89 e 10.098/00, não se eximindo de se adaptar às determinações legais, restringindo o seu recurso à fixação de prazo final para a realização das determinações, ou à ampliação do prazo e redução da multa.
5. Necessário considerar que a realização da obrigação de fazer determinada na decisão judicial deve ser executada dentro de um prazo razoável, sob pena da aplicação da sanção cabível, visto que a mera determinação, sem qualquer fixação de critérios pode configurar medida completamente inócua e ineficaz.
6. Sob outro aspecto, de notório saber que as execuções de obras públicas não são imponíveis mediante fixação de prazo exíguo, sem que haja a rigorosa observância do devido trâmite legal, administrativo e orçamentário correspondente.
7. Verifica-se, na espécie, que a r. sentença foi proferida em 28/8/2008, com a antecipação da tutela e recebimento do recurso somente no efeito devolutivo, por decisão mantida após a interposição do agravo de instrumento.
8. Afastada a alegação de impossibilidade de concessão de antecipação de tutela que esgote no todo, ou em qualquer parte o objeto da ação, nos termos do art. 461 do CPC, e art. 1º da Lei nº 9.494/97, que faz remissão ao art. 1º, §3º, da Lei nº 8.437/92, tendo em vista que já foi decidido pelo C. STF (RCL nº 1.638/CE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/08/2000), que não é geral e irrestrita a vedação de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública imposta pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97, de modo que não sendo caso de reclassificação ou equiparação de servidores ou de concessão de aumento ou extensão de vantagens, outorga de adição de vencimentos ou reclassificação funcional, é legítima a concessão de tutela antecipada.
9. A multa aplicada decorre de previsão contida no art. 11 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.
10. Diante do transcurso do tempo, todos os prazos estipulados e as prorrogações requeridas foram esgotados, restando, no entanto a apreciação da adequação dos prazos determinados na sentença e da razoabilidade da multa aplicada.
11. Assim, parece razoável e suficiente a fixação de prazo maior para a execução do procedimento administrativo das obras, devendo ser deferida nos termos requeridos pelo apelante, aumentando de sessenta dias para seis meses, para o início do processo de licitação, de 90 dias para 180 dias, para a conclusão do processo licitatório e prazo máximo de 12 meses para 24 (vinte e quatro) meses a contar da adjudicação do objeto da licitação ou da celebração do contrato administrativo, sendo adequada a multa conforme determinada pelo r. Juízo.
12. Dessa forma, o recurso deve ser parcialmente provido para que seja determinada a ampliação dos prazos nos termos acima e, apurado o transcurso dos mesmos, sem que tenham sido executadas as providências, deve ter início a incidência da multa já fixada pelo r. Juízo.
13. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas (g.n.).
[TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1404746 - 0001914-97.2007.4.03.6123, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 26/03/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/04/2015].

Certo que a União Federal procura argumentar com a incapacidade administrativa financeira do Estado para atender necessidade ilimitadas da coletividade. Nada obstante, parece mais ou menos evidente que essas restrições de ordem orçamentária e financeira não podem, perenemente, sempre e sem qualquer atenção a uma escala de prioridades, se antepor ao efetivo exercício do direito de acesso das pessoas a órgãos públicos.

Não se trata, por fim, de ingerência abusiva do Poder Judiciário sobre a discricionariedade do Poder Executivo, mas, simplesmente, de correção de lesões generalizadas a interesses difusos e coletivos, previstos em lei, e que devem ser observados até mesmo pelo próprio ente estatal.

Procedente, não resta a menor dúvida, a pretensão inicial.

O ponto agora a enfrentar está em estabelecer um prazo razoável para a adaptação do prédio público do órgão em causa no que concerne à acessibilidade. Nesse sentido tenho que, de forma a resguardar o direito lamentado no bojo da demanda, bem como todas as dificuldades envolvidas com o destacamento de verbas orçamentárias para o atendimento do custeio das obras necessárias à adaptação ou mudança dos prédios de atendimento ao público da Receita Federal do Brasil em Botucatu, deve ser concedido um prazo razoável, de tal modo que não seja demasiado curto a ponto de inviabilizar a sua concretização pela Administração e nem demasiado longo que continue expondo os usuários a condições inadequadas de atendimento.

Para tanto, e tendo em vista os diversos prazos já anteriormente concedidos no âmbito deste processo, considero seja suficiente a concessão de um *prazo de 6 (seis) meses* para que a ré *inicie* processo licitatório para a realização das obras de engenharia necessárias à adaptação do prédio atualmente existente. O processo deverá ter prazo de *conclusão* não superior a *180 (cento e oitenta) dias* contados da data do início do processo licitatório. Estabelece-se, por igual, um *prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses* a contar da *adjudicação do objeto da licitação, ou da celebração de contrato administrativo*, para a *conclusão das obras de adaptação* necessárias. Evidentemente que os prazos referidos no item anterior poderão ser efetivados em espaço de tempo *menor* do que o ali consignado, acaso as tratativas administrativas já se encontrem em andamento. *O prazo inicial* se conta a partir da data de intimação, pelo órgão de representação judicial da ré nestes autos, da presente sentença.

Por outro lado, o desatendimento *a qualquer dos prazos aqui mencionados, parciais ou totalmente considerados*, sujeita a ré ao recolhimento de multa pecuniária no importe de *R$ 1.000,00 por dia de atraso, astreinte*, o que encontra previsão na dicção do *art. 11 da Lei n. 7.347/85 – LACP*, e estão presentes todos os requisitos a que alude o *art. 497 c.c. art. 536, § 1º do CPC. Isto porque presentes todos os requisitos necessários à concessão da tutela de evidência (CPC, art. 300) pretendida pelo órgão autor, que fica, por esta sentença, deferida.*

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da demanda, nos termos do art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, condeno a ré em obrigação de fazer consistente em efetuar, na integralidade, todas as obras de readaptação do prédio de atendimento público da Receita Federal no Município de Botucatu/ SP, para fins de acessibilidade, dentro dos prazos acima assinalados, sob pena de incidência de multa no importe de *R$ 1.000,00* por dia de atraso.

Fica deferida a tutela de evidência, nos termos consignados no corpo desta sentença.

A fiscalização do efetivo cumprimento da decisão ora exarada, bem como da antecipação dos efeitos da tutela, ficará por conta do MD. Órgão Autor, que comunicará ao juízo qualquer desatendimento para adoção das providências que se mostrem cabíveis.

Sem condenação em custas e honorários.

Sujeito a reexame necessário.

Ciência ao Ministério Público Federal.

P.R.I.

Botucatu, 15 de março de 2018.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

PROCEDIMENTO COMUM
0003011-34.2016.4.03.6183

Autor: PEDRO LUIZ SOBRINHO
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 27/06/2018

PEDRO LUIZ SOBRINHO, nascido em 26/09/1965, propôs a presente ação em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, pleiteando a concessão do benefício de auxílio-doença desde a data de entrada do requerimento administrativo em 15/09/2014 (NB 607.732.025-4), ou da aposentadoria por invalidez, ou ainda, do benefício de auxílio-acidente.

Juntou documentos (fls. 14/42).

Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e concedidos os benefícios de assistência judiciária gratuita às fls. 44/45.

O Instituto Nacional do Seguro Social apresentou contestação às fls. 48/62.

Houve a realização de perícia médica na especialidade clínica geral (fls. 68/75 e 84/85), acerca da qual a parte autora apresentou manifestação (fls. 80 e 88).

É o relatório. Passo a decidir.

Os benefícios por incapacidade pressupõem a comprovação, por laudo médico, da redução da capacidade ou da incapacidade para o trabalho habitual, o cumprimento de carência e a qualidade de segurado, nos termos do art. 42 e do art. 59, ambos da Lei 8.213/91.

A parte autora, com 52 anos de idade, narrou, na petição inicial, sofrer de hipertensão arterial, e constantemente de síncopes (desmaios).

Aduziu que, em 17/07/2014, teve uma síncope e, por consequência, uma queda, batendo a cabeça no asfalto, oque gerou uma hemorragia subdural devido ao traumatismo craniano – CID 10 S 06.5 – hematoma Subdural Crônico.

Informou, outrossim, ter sido avaliado por um neurologista e neurocirurgião, e desde então, encontra-se em acompanhamento médico fazendo uso de medicação controlada.

Esclareceu ter requerido o benefício por incapacidade em 15/09/2014 (NB 607.732.025-4) e em 12/02/2015 (NB 609.532.034-1), indeferidos por parecer contrário da perícia médica.

Realizada perícia médica, o perito judicial, Dr. Paulo César Pinto, concluiu em 21/06/2017, *estar caracterizada um incapacidade parcial e permanente, com restrições para atividades que exponham si mesmo e outros a risco de perda da integridade, bem como não haver restrições para a realização das atividades habituais.*

Em respostas aos quesitos do Juízo, *o perito judicial atestou a data de início da incapacidade em julho de 2014.*

Instado a apresentar esclarecimento, o Dr. Paulo César Pinto, esclareceu:

> Conforme discutido no laudo médico pericial, o autor é portador de Epilepsia após traumatismo craniano, controlada através do uso de medicação anticonvulsivante, ainda com crises esporádicas.
> Dessa maneira, fica caracterizada uma incapacidade laborativa parcial e permanente, do tipo

> pluriprofissional, com restrições para o desempenho de atividades de risco para si mesmo e para outros.
> Há restrições para dirigir profissionalmente, operar empilhadeira ou ponte rolante e para atividades em altura. Entretanto, não se identificam restrições para a realização das atividades habituais de controle de acesso, zeladoria e vigilância.

No caso dos autos, o perito apurou a presença de uma incapacidade permanente, o que decorreu de um evento agudo traumático. Contudo, não há restrições para a atividade habitual.

Deste modo, conclui-se não estar a parte autora incapaz para as funções de menor complexidade, tais como as anteriormente exercidas – vigilante, porteiro, vigia e controlador de acesso.

Na forma do art. 147, parágrafo único, da IN 77/15, entende-se como acidente de qualquer natureza aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos e biológicos).

A sequela neurológica do autor, conforme apurado nos autos, é decorrência de uma queda, autorizando o preenchimento dos requisitos normativos.

Consolidadas as lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza e apurada a redução da capacidade para o trabalho habitual, é devido ao autor o benefício de auxílio-acidente, como forma de indenização, nos termos do art. 86 da Lei 8.231/91, abaixo transcrito:

> Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Quanto à qualidade de segurado, a pessoa que deixar de contribuir para o sistema possui um "período de graça" de doze meses, no qual mantém a qualidade de segurado. Tal prazo é dobrado, por conta do §1º do mesmo artigo e pode chegar a ser triplicado (36 meses), se comprovado o desemprego durante todo este período (§ 2º do mesmo artigo).

No caso dos autos, não há controvérsia acerca da qualidade de segurado e da carência em relação à parte autora, tendo em vista o último vínculo empregatício constante no Cadastro Nacional de Informações Sociais, em anexo, ter ocorrido no período de *29/05/2012 a 08/02/2014 na empresa Cygnus – Serviços de Limpeza e Portaria.*

Deste modo, uma vez fixado o termo inicial da incapacidade parcial e permanente em julho de 2014, há que se reconhecer presente a qualidade de segurado.

Diante do quadro probatório, *a parte autora faz jus ao recebimento do benefício de auxílio-doença no período da entrada do requerimento administrativo em 15/09/2014 (NB 607.732.025-4) até a data da realização da perícia judicial em 21/06/2017, quando deverá ocorrer a conversão no benefício de auxílio-acidente, diante da incapacidade parcial e permanente, ausente restrições para a realização das atividades habituais.*

DISPOSITIVO

Diante do exposto, *julgo procedente* o pedido para: *a) conceder o benefício de auxílio-doença* no período de 15/09/2014 a 21/06/2017 (NB 607.732.025-4); *b) conceder o benefício de auxílio-acidente* a partir de 21/06/2017; *c)* condenar o INSS ao *pagamento de atrasados, devidos desde 15/09/2014*, apuradas em liquidação de sentença, com correção monetária e juros na forma do Manual de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal em vigor na data da execução.

Considerando o direito ora reconhecido e seu caráter alimentar, evidenciado o perigo de dano, *concedo a tutela de urgência para implementação do benefício de auxílio-acidente* no prazo de 20 (vinte) dias úteis, contados do recebimento da notificação eletrônica.

Deste modo, notifique-se eletronicamente a ADJ-INSS para que proceda à implementação do benefício de auxílio-acidente a partir de 21/06/2017.

Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no percentual mínimo sobre valor da condenação, a ser definido após liquidação da sentença, nos termos do art. 85, §3º, inciso III, e §4º, inciso II, do CPC, observada a Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Não é hipótese de reexame necessário, pois, embora ilíquida, é evidente que a condenação com todos os seus acréscimos, não alcançará a importância de 1000 salários mínimos (artigo 496, § 3º, do Novo Código de Processo Civil).

Custas na forma da lei.

P.R.I.

São Paulo, 08 de junho de 2018.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

PROCEDIMENTO COMUM
0059902-75.2017.4.03.6301

Autora: LEDA MARIA ANDRADE TERESO BONTEMPO
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: FABIANO LOPES CARRARO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/06/2018

Vistos etc.

Cuida-se de ação ajuizada por Leda Maria Andrade Tereso Bontempo em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por meio da qual deduzido pedido de concessão de aposentadoria por idade mediante prévia renúncia de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição ("reaposentação").

Alega a autora, em breve apanhado, que recebe desde 20.05.1997 aposentadoria por tempo de contribuição (NB nº 102.366.887-1), tendo, no entanto, continuado a exercer atividade remunerada até 18.12.2012, o que lhe asseguraria, considerando-se apenas as contribuições realizadas após a aposentação, o direito à percepção de aposentadoria por idade, mais vantajosa economicamente do que aquela atualmente percebida.

Aduz a autora, outrossim, que o caso em tela não se confunde com a revisão de aposentadorias conhecida como "desaposentação", haja vista que, *"in casu"*, não se está a cogitar de utilização de tempo de contribuição posterior à aposentadoria para obtenção do recálculo desta, mas sim de nova e totalmente diferente aposentação, sem qualquer aproveitamento das contribuições utilizadas para o cálculo da primeira aposentadoria, cujo recebimento pretende-se seja cessado. Tratar-se-ia, então, de edição de novo ato administrativo de jubilação, e não de revisão do ato anterior.

Citado, ofereceu o INSS contestação, aduzindo, preliminarmente, decadência do direito à revisão do ato de aposentadoria, bem como prescrição quinquenal. No mérito, sustenta a autarquia a improcedência do pedido, calcada na previsão do artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 e no quanto decidido pelo STF, sob o regime da repercussão geral, no RE nº 661.256/SC.

DECIDO.

Rejeito, primeiramente, a preliminar de decadência deduzida pelo INSS, haja vista que não se está a cuidar, na espécie, de revisão do ato de aposentadoria editado em favor da parte autora, senão de pretensão para obtenção de novo benefício, por meio de novo ato totalmente desvinculado do primeiro e das contribuições previdenciárias que o alicerçaram.

No que toca a eventual prescrição, tenho que a pretensão da parte autora somente exsurgiu quando do atingimento cumulativo das condições legais necessárias para a obtenção da almejada aposentadoria por idade. A partir desse marco temporal, portanto, ante o princípio da "actio nata", o ajuizamento da demanda já era plenamente admissível, de modo que se tem como efetivamente prescritas eventuais parcelas do pretendido benefício anteriores ao quinquênio que antecede ao ajuizamento da ação.

Avançando ao mérito, tem-se que o caso exige uma análise meticulosa do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 661.256/SC (Tema 503), oportunidade em que assentada a tese de repercussão geral de que "no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não

havendo, por ora, previsão legal do direito à desaposentação, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91".

A petição inicial aponta a existência de diferenças fático-jurídicas relevantes entre o caso presente e o precedente supracitado. Com efeito, diferentemente do quanto assentado no paradigma da Suprema Corte acima mencionado, *neste caso* afirma-se que não se estaria a demandar pela revisão do ato administrativo de concessão da aposentadoria por tempo de contribuição (mediante o cômputo de contribuições realizadas pelo segurado após o ato de jubilação); mas sim a edição de *novo ato administrativo*, totalmente dissociado do primeiro, ato este mediante o qual nova aposentadoria seria concedida, desta feita com fundamento legal nos artigos 48 a 51 da Lei nº 8.213/91 (aposentadoria por idade), computando-se, para tanto, contribuições previdenciárias realizadas pelo segurado após a primeira aposentação e que, bem por isso, não foram consideradas para cálculo do salário-de-benefício naquela oportunidade.

A questão que se coloca sob enfrentamento, portanto, passa pela identificação da *ratio decidendi* do precedente produzido pela Suprema Corte (RE nº 661.256/SC), a fim de que se possa ratificar ou refutar a afirmação da inicial de que o caso em exame difere do quanto ali assentado, confirmando-se, assim, o *distinguish* pretendido pela parte autora.

De saída, veja-se que o Supremo Tribunal Federal assentou a *constitucionalidade* do artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, bem como do artigo 191-B do Regulamento Geral da Previdência Social – Decreto nº 3.048/99. Este dispositivo, de forma literal e induvidosa, estabelece que "as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis", ao passo que o comando legal supracitado dispõe que "o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, o a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado".

A irrenunciabilidade das aposentadorias concedidas pelo RGPS é muitas vezes incompreendida, mormente à luz da roupagem jurídica conferida a tal instituto. Noutras palavras, o fato de o particular-segurado contribuir financeiramente, durante toda sua vida laboral, para um fundo administrado pelo Estado-segurador, ocorrendo, tão logo constatada determinada contingência, a satisfação da contraprestação estatal por meio da outorga de prestações mensais em dinheiro, aparenta aproximar o regime jurídico das aposentadorias daquele vigente para os direitos creditórios em geral, cuja disponibilidade é a marca em nosso ordenamento jurídico.

Juridicamente, todavia, há grande distanciamento entre os benefícios concedidos pelo RGPS e os direitos de livre disposição que constituem o patrimônio de qualquer indivíduo.

Conforme afirmado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto no RE nº 661.256/SC – afirmação essa que compõe a *ratio decidendi* do julgado –, a premissa conceitual essencial para a compreensão dos direitos subjetivos relacionados ao RGPS é que este regime tem natureza *estatutária* ou *institucional*, e não contratual, de modo que esses direitos estão integralmente disciplinados pelo ordenamento jurídico. É dizer: "(...) a ausência de proibição à obtenção ou ao usufruto de certa vantagem não pode ser tida como afirmação do direito subjetivo de exercê-la. Na verdade, dada a natureza institucional do regime, a simples ausência de previsão estatutária do direito equivale à inexistência de um dever de prestação por parte da Previdência Social".

Estando a concessão de benefícios previdenciários do RGPS, portanto, estritamente vinculada àquilo que previsto na legislação, não se admite a obtenção de benefícios na eventualidade da ocorrência de contingências não selecionadas, expressamente, pelo legislador. Não se cogita, *v.g.*, de direito subjetivo a benefício de pensão por morte para o filho capaz do

segurado falecido, notadamente quando maior de 21 anos o pretenso beneficiário, já que a lei, às expressas, limitou a obtenção da contraprestação à obediência desse requisito etário (Lei nº 8.213/91, artigo 77, inc. II); do mesmo modo, não se cogita de direito subjetivo a benefício do RGPS em caso de ocorrência da contingência "casamento", ou do evento "divórcio", já que nenhum desses fatos da vida do indivíduo está discriminado no estatuto legal como desencadeador de uma contraprestação estatal em favor do segurado do regime geral de previdência social.

O mesmo raciocínio, percebe-se, foi firmado pela Suprema Corte com relação à chamada "desaposentação". Socorrendo-se, uma vez mais, do voto do saudoso Ministro Teori Zavascki proferido no RE nº 661.256/SC, tem-se que "(...) presente o estatuto jurídico acima delineado, não há como supor a existência de direito subjetivo afirmado na presente demanda, consistente em uma 'desaposentação', que seria o direito do segurado do RGPS a 'renunciar' a um benefício de aposentadoria já requerido e concedido, para, simultaneamente, obter outro benefício da mesma natureza, porém mais vantajoso, em face da agregação de tempo de contribuição ocorrido nesse interregno e da menor expectativa de sobrevida. Não é preciso enfatizar que de renúncia não se trata, mas, sim, de substituição de um benefício menor por um benefício maior, uma espécie de 'progressão' de escala. Essa espécie de 'promoção' não tem previsão alguma no sistema previdenciário estabelecido atualmente, o que, considerada a natureza estatutária da situação jurídica em que se insere, seria indispensável para gerar um correspondente dever de prestação".

Nesse mesmo sentido, traz-se à colação passagem do voto do Ministro Luiz Fux no *leading case* aqui multicitado, na qual pontuado que "(...) a tese da desaposentação pretende que seja reconhecido o direito à nova aposentadoria, com renúncia aos proventos já auferidos. De todo modo, a questão poderia ser analisada como se, na verdade, fosse um mecanismo para posterior elevação do benefício de aposentadoria. Mesmo nesse caso, haverá um sério conflito com a 'ratio' normativa encartada na Constituição, uma vez que estará aberto o caminho para que o trabalhador, ao invés de permanecer mais tempo em atividade para perceber proventos maiores, por cumprir maior tempo de serviço, aposente-se antecipadamente, preenchendo os requisitos mínimos, e, mantendo a contribuição, possa, posteriormente, requerer a modificação dos seus proventos. Trata-se de expediente incompatível com o desiderato do constituinte reformador, que, com e edição da EC 20/98, deixou claro seu intento de incentivar a postergação das aposentadorias (observe-se, por exemplo, o 'pedágio' de tempo de contribuição instituído pelo art. 9º, II, 'b', e § 1º, I, 'b', da EC 20/98). Portanto, admitir a desaposentação significa, na verdade, admitir uma aposentadoria em duas etapas, sendo que, entre uma e outra, perceber-se-iam proventos reduzidos. Seria, ao fim e ao cabo, a Previdência Social financiando a própria majoração dos proventos, com evidente dano ao equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS, preconizado pelo 'caput' do art. 201 da Lei Fundamental".

A *ratio decidendi* do Supremo Tribunal Federal, ademais, não se desnatura ao argumento de que a vedação à desaposentação ou à reaposentação implicaria negar aos aposentados qualquer benefício adicional, em que pese mantidos como contribuintes da Seguridade Social. Este argumento, de fato, também foi refutado pelo STF, conforme exposição constante do voto do Ministro Gilmar Mendes, *verbis*: "(...) no modelo brasileiro, não há correlação sinalagmática entre as contribuições acumuladas e os benefícios concedidos – muito embora deva ser considerada uma adequação entre receita e dispêndio, a se manter o equilíbrio atuarial. Tal premissa está fundamentada no princípio da solidariedade, que norteia o nosso modelo de seguridade social e exige a conjunção de esforços por parte de uma coletividade para a manutenção do sistema, independentemente de uma correlação estrita com uma contrapartida específica para a contribuição concedida".

Do quanto exposto, conclui-se que a tese defendida na petição inicial ("reaposentação") foi, também ela, rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do RE nº 661.256/SC, não existindo a pretendida distinção relevante (*distinguish*) entre este caso e aqueles rotulados como "desaposentação". A *ratio decidendi* do precedente da Suprema Corte *também se aplica para a hipótese dos autos* – em que se busca a concessão de aposentadoria nova, em substituição a aposentadoria precocemente requerida –, já que calcada (a *ratio decidendi*) na afirmação do caráter estatutário do RGPS, de modo que não há como se conceder benefícios, reconhecer direitos, ou estabelecer vantagens para além das contingências, eventos e critérios escolhidos pelo legislador por delegação da Constituição Federal. Não há, pois, amparo legal para o acolhimento do pedido formulado, considerada a constitucionalidade do artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 e a irrenunciabilidade do benefício precocemente requerido quando condicionada a pseudo-renúncia à concessão de outra contraprestação do sistema de Previdência Social, de maior expressão econômica.

Há, em arremate, um derradeiro fundamento à rejeição da pretensão da parte autora.

Quando da análise da matéria relativa à "desaposentação" pelo Supremo Tribunal Federal, não se levou a julgamento apenas o RE nº 661.256/SC, embora tenha sido este o processo considerado para efeito de afetação da controvérsia ao regime da repercussão geral (Tema nº 503). Foram julgados, na mesma assentada, dois outros recursos extraordinários, a saber: RE nº 381.367/RS e RE nº 827.833/SC; sendo de todo oportuno destacar que, neste último, cuidava-se exatamente da situação fática destes autos, em que se busca a rotulada "reaposentação".

Conforme narrado pela Ministra Rosa Weber em seu voto quando do julgamento da matéria, no RE nº 827.833/SC, "(...) a segurada aposentou-se por tempo de serviço/contribuição (mais de 30 anos). Posteriormente, há o retorno ao trabalho e o preenchimento nesta atividade seguinte, em que recolhida contribuição previdenciária, dos requisitos de um novo benefício, mais vantajoso. No exemplo anterior, aposentadoria por idade, porque a segurada contava com mais do que os necessários 15 anos de contribuição – a rigor 17 anos e pouco –, e 70 anos de idade. Considerando que, pela aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, ela recebia uma prestação mensal de R$ 1.200,00 aproximadamente, no momento do ingresso da ação, e que, se aposentada fosse por idade, ela receberia uma mensalidade de R$ 3.200,00, entrou em juízo buscando o cancelamento da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição e o deferimento desta nova aposentadoria por idade. Configura-se, consoante a doutrina citada, hipótese de reaposentação, porque não se pretende o cômputo conjunto do tempo de serviço/contribuição anterior e posterior ao primeiro benefício. Nesse caso, os requisitos dizem apenas com o segundo período de atividade, por retorno ou por continuidade de atividade."

O recurso extraordinário interposto pela União foi provido, e o acórdão produzido no RE nº 827.833/SC restou assim ementado:

> Constitucional. Previdenciário. Parágrafo 2º do art. 18 da Lei 8.213/91. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Julgamento em conjunto dos RE nºs 661.256/SC (em que reconhecida a repercussão geral) e 827.833/SC. Recursos extraordinários providos. 1. Nos RE nºs 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurados à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao INSS regime de benefício posterior, mais vantajoso. 2. A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo. inexistindo inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a qual

> veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional. 3. Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE nº 661.256/SC: "[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somentelei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à "desaposentação", sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91". 4. Providos ambos os recursos extraordinários (RE nºs 661.256/SC e 827.833/SC).
> (STF, Pleno, RE nº 827.833/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Rel. p/o acórdão Min. Dias Toffoli, j. 26.10.2016, DJe 02.10.2017)

Como se vê, então, o próprio STF aplicou a *ratio decidendi* da "desaposentação" – estampada no RE nº 661.256/SC –, para os casos de "reaposentação" – retratada no RE nº 827.833/SC –, o que elimina qualquer dúvida quanto à inexistência de causa jurídica idônea para deixar de se aplicar, na espécie, o entendimento sufragado pela Suprema Corte.

Por fim, frise-se que o novo Código de Processo Civil buscou prestigiar de maneira clara e inconteste os precedentes judiciais emanados das Cortes Superiores, do que decorre a conclusão de que a resolução da presente tese jurídica, pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 1036 e seguintes do CPC, vincula as instâncias inaugurais do Poder Judiciário, que se encontram obrigadas a aplicar a tese firmada pelo tribunal superior (CPC, artigos 927, III, e 1040, III). A solução da questão jurídica por meio de acórdão oriundo de recurso repetitivo ou de reconhecida repercussão geral, ademais, autoriza o julgamento liminar pela improcedência do pedido (artigo 332, II), bem como, ao relator, decidir monocraticamente eventual recurso ainda pendente de apreciação (CPC, 932, IV, "b"). A resolução da tese jurídica em recurso de repercussão geral ou repetitivo impõe, além disso, realização de juízo de retratação pelos órgãos fracionários dos tribunais regionais federais ou estaduais, sempre que o acórdão que tenham produzido esteja em colisão com o entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores no respectivo precedente qualificado (CPC, artigo 1030, II).

Tudo somado, vê-se que o ordenamento jurídico está estruturado de maneira tal a conferir máxima observância às teses jurídicas decididas em recursos repetitivos ou de repercussão geral afirmada – verdadeiros precedentes judiciais vinculativos. A observância desse entendimento, por certo, não é impositiva somente aos órgãos judiciários de instâncias ordinárias, atingindo, também e na mesma medida, a esfera jurídica das partes no processo. Assim, ressalvada a demonstração de eventual *distinguish – hipótese já descartada, de forma fundamentada, nesta sentença* –, concluo afirmando que *será manifestamente protelatório* o recurso interposto contra sentença que aplique entendimento consolidado em recurso repetitivo ou de repercussão geral, autorizando-se a imposição, ao recorrente, das sanções legais cabíveis à parte que age em litigância de má-fé (CPC, artigo 80, VII).

Ante o exposto, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO IMPROCEDENTE o pedido deduzido por Leda Maria Andrade Tereso Bontempo em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Defiro os benefícios da gratuidade judiciária à parte autora.

Custas e honorários indevidos, na forma da Lei nº 9.099/95.

Sobrevindo o trânsito em julgado, arquivem-se.

P.R.I.

Juiz Federal FABIANO LOPES CARRARO

EMBARGOS À EXECUÇÃO
5000439-78.2017.4.03.6120

Embargantes: VIVIAN APARECIDA MARQUES DE ANDRADE E VIVIANE CRISTINA MARQUES DE ANDRADE
Embargada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA FEDERAL DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/02/2018

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação de embargos proposta por *Vivian Aparecida Marques de Andrade* e *Viviane Cristina Marques de Andrade* (representadas pelo curador especial José Laércio Stracini) à execução de título extrajudicial movida pela Caixa Econômica Federal (autos nº 5000171-58.2016.403.6120).

Em resumo, a inicial articula que são filhas de Antônio César Marques de Andrade, falecido em 12/05/2013. Antônio César contratou junto à Caixa Econômica Federal dois empréstimos consignados, sendo o primeiro em 23/04/2012 (n. 240358110000727479, no valor de R$ 28.583,51) e o segundo em 06/09/2012 (n. 240358110000769635, no valor de R$ 5.103,72). Defendem que apesar de a Lei n. 10.820/2003 regulamentar a autorização para desconto do empréstimo em folha de pagamento é omissa sobre as consequências do falecimento do consignante-devedor incidindo, no caso, o art. 16 da a Lei n. 1.046/50 que prevê a extinção da dívida do empréstimo feito mediante simples garantia da consignação em folha (art. 16). Defendem, por fim, que referida Lei, apesar de antiga, ainda está vigente porque não houve revogação expressa ou tácita de seus dispositivos.

Na resposta (id 1211554), a Caixa Econômica Federal alegou ilegitimidade ativa das embargantes considerando que não são parte na relação jurídica de direito material e mesmo que sucessoras do falecido há existência de inventário que tem sua representação processual pelo inventariante requerendo, assim, a extinção dos embargos. No mérito, defendeu a revogação da Lei n. 1.046/50 pela Lei n. 8.112/90 que nada dispõe sobre a inexigibilidade de dívida após o falecimento do consignante e que deve incidir a regra de que o espólio ou sucessores respondem pelas obrigações assumidas pelo autor da herança nos limites do quinhão recebido sendo contrário ao ordenamento permitir o enriquecimento sem causa. Argumentou que sendo omissa a Lei n. 10.820/2003 sobre o falecimento do consignante a norma deve ser suprida pelas regras do Código Civil e do próprio contrato. Informa que, no caso, o órgão convenente era a Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto e assim que houve o falecimento deixou de repassar as prestações incidindo a cláusula décima, parágrafos quarto e sétimo. Por fim, argumenta que é incontestável que a única garantia prevista no contrato era a própria consignação de modo que, inexistente seguro para garantir o pagamento da dívida em caso de morte, seria imoral, ilegal e atentatório aos princípios vetores do ordenamento jurídico, se a obrigação pecuniária se desnaturasse com a morte, ainda que o devedor tenha deixado patrimônio, transferido livre e desembaraçado aos seus sucessores. Finaliza dizendo que a interpretação que estende a vigência da Lei 1.046/1950 para além da promulgação da CF/88 ou do próprio Código Civil desconsidera a interpretação sistemática, teleológica e carece, portanto, de boa técnica.

Houve réplica (id 1921883).

É o resumo do necessário.

II - FUNDAMENTAÇÃO

De início, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa das embargantes. A uma porque a execução não foi proposta contra o espólio do falecido, mas sim contra as herdeiras. E a duas porque o inventário foi encerrado com decisão transitada em julgado, de modo que cabe às herdeiras responder pelas dívidas do falecido, conforme previsto no artigo 1.997 do Código Civil e no artigo 796 do Código de Processo Civil.

Superado o ponto passo ao exame da matéria de fundo, que pode ser resumida na seguinte questão: a Lei n. 1.046/50, na parte em que estabelece que o falecimento do consignante acarreta a extinção da dívida, aplica-se ao caso dos autos?

De fato, o art. 16 da Lei 1.046/1950 estabelece que "Ocorrido o falecimento do consignante, ficará extinta a dívida do empréstimo feito mediante simples garantia da consignação em fôlha".

Contudo, estou entre os que entendem que a Lei 1.046/1950 foi derrogada tacitamente pelo art. 45 da Lei 8.112/1990:

> Art. 45. Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento.
> § 1º Mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento em favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento[1].

Na época da celebração dos contratos ora discutidos a consignação dos servidores públicos era regulada pelo Decreto nº 6.386/2008, diploma que não prevê a extinção da dívida decorrente da morte do tomador do empréstimo. O mesmo se passa no Decreto nº 8.690/2016, atual regulamento do art. 45 da Lei 8.112/1990.

Cabe salientar que a tese de que a morte do tomador do empréstimo leva à extinção da dívida desafia a regra geral segundo a qual as obrigações contraídas em vida devem ser suportadas pela herança, sem que haja peculiaridade nesse tipo de contrato (crédito consignado) que justifique tal solução. Além disso, sustentar que o art. 16 da Lei 10.046/1950 ainda vigora, porque não expressamente revogado pela legislação posterior, implica admitir que outras disposições desse mesmo diploma também seguem em vigor, como por exemplo a limitação dos juros a taxas de 12% ou 10% segundo a finalidade do empréstimo (art. 7º). Parafraseando frequente tirada do Ministro Marco Aurélio, nesse caso "o sistema não fecha".

Cumpre observar que a validade das disposições da Lei 10.046/1950 em cotejo com a Lei 8.112/1990 já foi objeto de exame pelo STJ, embora em contexto um pouco diferente do pano de fundo nesta ação. Trata-se do RE 688.286/RJ (Quinta Turma, rel. Min. José Arnaldo Fonseca, j. 17/11/2005).

Nessa ação, certa agremiação de servidores (Associação dos Servidores Civis do Brasil) invocava as disposições da Lei 1.046/1950, com as alterações promovidas pela Lei 2.339/1954, para ver assegurado a manutenção de descontos em folha de pagamento a título de empréstimos que concedera a associados. Contudo, confirmando entendimento do TRF da 2ª Região, a Quinta Turma do STJ concluiu que a Lei 1.046/1950 e normas correlatas foram revogadas tacitamente pela Lei 8.112/1990. Segundo se extrai do acórdão,

1 Na época da celebração do contrato, o atual parágrafo primeiro do art. 45 da Lei 8.112/1990 figurava como parágrafo único, porém com a mesma redação.

> ... a Lei nº 8.112/90 passou a disciplinar o regime administrativo dos servidores públicos da União, suas Autarquias e Fundações Públicas. Em seu artigo 45 traçou o princípio reitor do regime consignatório, prevendo, expressamente, seu regramento pormenorizado por meio de regulamento próprio. O Decreto nº 4.961/2004 regula atualmente a matéria.
> Exsurge relevante, no ponto, que, após a edição da Lei nº 8.112/90, encontram-se revogadas, no âmbito das entidades e dos servidores sujeitos ao seu regime, as Leis nºs 1.046/50 e 2.2339/54.

Esse precedente foi invocado como razão de decidir em recentíssima decisão do STJ que fere exatamente o tema suscitado nestes embargos:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE ATAQUE A FUNDAMENTO SUFICIENTE. SÚMULA 283/STF. SERVIDOR PÚBLICO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. LEIS 1.046/50 E 2.339/54. REVOGAÇÃO TÁCITA PELA LEI 8.112/90. 1. Hipótese em que a Corte local entendeu que, "(...) existindo legislação especial tratando do regime consignatário dos servidores públicos do Estado do Paraná, esta derroga a lei geral, não se aplicando o disposto no artigo 16 da Lei nº 1046/1950". 2. O citado fundamento, suficiente para manutenção do acórdão, não foi combatido nas razões do apelo nobre. Assim, deve ser aplicado o enunciado da Súmula 283/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." 3. Ainda que assim não fosse, *o Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que, "após a edição da Lei nº 8.112/90, encontra-se revogada, no âmbito das entidades e dos servidores sujeitos ao seu regime, a disciplina de consignação em folha de pagamento disposta pelas Leis nºs 1.046/50 e 2.339/54*" (REsp 688.286/RJ, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 5/12/2005, p. 367). No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.564.784/DF, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 6/6/2017, DJe 12/6/2017). 4. Recurso Especial do qual não se conhece. (REsp 1672397/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 09/10/2017).

Dessa forma, sem desconhecer a existência de precedentes em sentido contrário, a começar por aqueles invocados pelas embargantes, entendo que a Lei 1.046/1950 foi revogada pela Lei nº 8.112/1990. Logo, o óbito do tomador do empréstimo não extingue a obrigação, que se transmite ao espólio, nos limites da herança.

Por fim, anoto que tudo o que foi dito a respeito da derrogação da Lei 1.046/1950 pela Lei 8.112/1990 aplica-se à Lei 10.820/2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento dos empregados regidos pela CLT.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTES os embargos, extinguindo o feito com resolução de mérito (art. 487, inciso I do CPC).

Condeno a parte embargante ao pagamento de honorários à Caixa Econômica Federal, que fixo em 10% do débito.

Tendo em vista o caráter incidental, os embargos monitórios não se sujeitam ao pagamento de custas, aplicando-se por analogia o art. 7º da Lei nº 9.289/1996.

Com o trânsito em julgado, anexe-se cópia da sentença para a execução nº 0006071-10.2016.403.6120. Feito isso, dê-se baixa e arquive-se o feito.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 22 de novembro de 2017.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM
5004280-84.2017.4.03.6119

Autora: MARIA DAS GRAÇAS ARAUJO ROCHA
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA FEDERAL DE GUARULHOS - SP
Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2018

1) RELATÓRIO

MARIA DAS GRAÇAS ARAUJO ROCHA ajuizou a presente ação na qual pretende seja a UNIÃO condenada a lhe pagar indenização por danos materiais e morais, além dos ônus da sucumbência.

Busca a autora, com fundamento na responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, a condenação da União em razão de supostos atos, em tese, omissivos por parte do Juízo da 7ª Vara do Trabalho de Guarulhos.

Aduz a autora que ingressou com reclamação trabalhista em 24/01/01, em face de Indústria Mecânica Giganardi Ltda, autos nº 00155001820015020317, tendo sido julgado procedente o pedido, em sentença proferida em 19/08/05, com trânsito em julgado em 13/02/06.

Baldadas infrutíferas as tentativas de recebimento de seu crédito, a autora descobriu ter sido penhorado um imóvel em processo que tramitava perante a 1ª Vara do Trabalho de Guarulhos, contra a mesma empresa, requerendo a penhora no rosto dos autos. Deferida a penhora, não foi ela efetivada. Entretanto, a Serventia da 7ª Vara do Trabalho certificou a existência de outro feito em que foi penhorado imóvel da reclamada, processo nº 00155.2007.31802002, perante a 8ª Vara do Trabalho de Guarulhos e foi determinada a penhora no rosto dos autos, conforme fl. 553 da reclamação trabalhista da autora, em despacho datado de 21/05/10.

Sustenta que seu crédito, atualizado até 27.05.10, alcançava o valor de R$ 105.504,11e, diante da penhora, entendeu a autora que seu crédito estava garantido.

Prossegue dizendo que o imóvel foi levado a leilão e arrematado pelo valor de R$ 1.900.000,00 (hum milhão e novecentos mil reais) e o Juízo da 8ª Vara do Trabalho homologou a arrematação e requisitou aos juízos competentes a atualização dos débitos para que pudesse efetuar os pagamentos dos direitos dos outros reclamantes, insistindo para que a 7ª Vara do Trabalho prestasse esclarecimentos acerca da penhora do crédito da autora.

Salienta que a 7ª Vara encaminhou para a 8ª Vara do Trabalho os cálculos de vários outros reclamantes, silenciando quanto ao processo da autora, mesmo depois ter havido pedido de esclarecimentos por parte daquela 8ª Vara, no sentido de que o silêncio seria interpretado como equívoco acerca daquela penhora.

Em razão da inércia da 7ª Vara do Trabalho de Guarulhos, mesmo após o envio de emails, o Juízo da 8ª Vara do Trabalho determinou que fosse ignorado o pedido de penhora dos créditos da autora.

Destaca a patrona da autora que se dirigiu à secretaria daquelas Varas e protocolou petições informando sobre o descaso com a situação da autora. Ainda, ingressou a advogada Dra. Carolina Alves Cortez como terceira interessada no processo que tramita perante a 8ª Vara do Trabalho, postulando esclarecimentos e, por determinação daquele juízo, a secretaria certificou acerca da inércia da 7ª Vara do Trabalho a respeito do processo da autora.

Salienta que, não fosse a inércia daquelas Varas, a autora teria recebido o seu crédito e faz considerações a respeito do dano moral sofrido.

A petição inicial veio acompanhada de procuração e documentos.

Foram concedidos os benefícios da justiça gratuita e determinada a citação.

Citada, a União apresentou contestação e, em suma, afirmou não se tratar de responsabilidade objetiva, mas sim responsabilidade subjetiva, que reclama a presença dos requisitos: ação ou omissão do agente, culpa deste, relação de causalidade e dano sofrido pela vítima. Argumentou que o Estado, nas condutas omissivas, responde com fundamento na teoria da culpa do serviço, sendo imprescindível a comprovação de que o Estado tenha agido com culpa para a configuração de sua responsabilidade. Destacou que, pelas informações prestadas pelo juízo da 7ª Vara do Trabalho de Guarulhos, não houve desídia daquela Secretaria, tendo o juízo encaminhado vários e-mails à 8ª Vara do Trabalho solicitando informações acerca do andamento da penhora, sem sucesso, expedindo o juízo da 7ª Vara do Trabalho ofício solicitando informações a respeito. Aduziu que essas providências foram tomadas antes e após a arrematação do bem. Destacou, ainda, que não houve peticionamento por parte da autora perante a 7ª ou a 8ª Varas do Trabalho no período compreendido entre 21/05/2013 a 05/11/2015. Pelo princípio da eventualidade, em caso de se reconhecer a culpa do Juízo da 7ª Vara do Trabalho, destacou a existência da concorrência de culpas, afirmando que a autora não adotou as diligências necessárias para se certificar que o seu crédito estava devidamente inscrito no rol daqueles a serem satisfeitos com a arrematação do bem. Por fim, impugnou o valor pretendido a título de indenização e requereu a improcedência do pedido (ID 4711183). Apresentou documentos.

É o relato do necessário. DECIDO.

2) FUNDAMENTAÇÃO

Ab initio, necessário delimitar que tipo de ato foi praticado pela 7ª e 8ª Varas do Trabalho de Guarulhos, se de conteúdo jurisdicional em sentido estrito ou de natureza administrativa-judicial relacionado muito mais à marcha processual.

Vítor Luís de Almeida esclarece que:

> As expressões atos judiciais e atos judiciários suscitam algumas dúvidas quanto ao seu sentido. Como regra, a expressão atos judiciais é empregada como indicadora de atos jurisdicionais do magistrado, aqueles relativos ao exercício específico da função de julgador. De outra monta, atos judiciários é expressão normalmente reservada aos atos administrativos praticados no judiciário, seja pelo magistrado ou pelos serviços auxiliares da justiça. (*in* A responsabilidade civil do Estado por Erro Judiciário. BH: D'Plácido Editora, 2016. p.81.)

Também sobre as espécies de atos judiciais, lecionam Marrara & Macera:

> Todos os Poderes do Estado desenvolvem funções típicas e atípicas. Em todos eles, vislumbra-se o exercício de funções normativas, funções administrativas de execução e certas funções centrais que lhes confere peculiaridades. Com o Judiciário não é diferente. No seu funcionamento, misturam-se atividades típicas de julgamento e controle da legalidade, juridicidade e constitucionalidade, bem como funções administrativas e de gestão institucional.
> Por conta disso, ao se tratar de responsabilidade extracontratual do Estado por ações e omissões do Judiciário, é preciso distinguir ao menos a diferença entre: 1)atos tipicamente jurisdicionais (incluindo os omissivos e comissivos); 2) atos judiciários de caráter administrativo (também omissivos ou comissos) e 3) atos normativos.

> *Atos tipicamente jurisdicionais* são aqueles editados com exclusividade pelo magistrado e por meio dos quais a jurisdição é exercida em seu sentido próprio (sentenças, decisões interlocutórias, etc). Sob a perspectiva material, é praticamente impossível defini-los. Seu conteúdo é extremamente amplo, dada a própria variedade de casos e conflitos sobre os quais incidem e dado o fato de se destinarem, em essência, a transformar os mandamentos gerais no ordenamento jurídico em mandamentos concretos. São esses os atos que conferem a marca distintiva do Poder Judiciário em relação a outros poderes, já que, em regra, não podem ser praticados por outros agentes públicos nem a eles delegados.
> *Atos judiciários de caráter administrativo*, por sua vez, são aqueles praticados pelos próprios magistrados ou pelos demais servidores lotados no Poder Judiciário, sem caráter propriamente decisório de conflitos submetidos ao judiciário (característico de jurisdição). Além disso, tais atos são desprovidos de generalidade e abstração. *Eles abarcam, portanto, desde atos de natureza eminentemente administrativa (como nomeação de magistrados e servidores, atos de gestão de pessoal, atos relativos a licitações e contratações públicas, atos de festão de bens públicos, etc.) até atos editados no âmbito de processos judiciais, mas sem conteúdo propriamente decisório (despachos de mero expediente, atos puramente executórios e mesmo atos de jurisdição voluntária). Isso revela que não é a relação do ato com o processo judicial que serve de critério para distinguir com precisão os atos de caráter administrativo dos atos tipicamente jurisdicionais.*
> *Atos judiciários de caráter normativos*, por sua vez, são aqueles dotados de generalidade e abstração, igualmente sem caráter jurisdicional, que visam, dentre outras coisas, a dispor sobre a competência e o funcionamento dos órgãos jurisdicionais dos Tribunais, a organizar suas secretarias e serviços auxiliares da Justiça, et. (...)
> *A despeito da distinção categorial entre atos judiciários de caráter administrativo e normativo, é amplamente aceita na doutrina a possibilidade de responsabilização do Estado por ambos nos moldes do regime geral de responsabilidade extracontratual objetiva prevista na Constituição. Inclusive, a jurisprudência contemporânea tende a aceitar com mais facilidade a responsabilidade objetiva em relação a esses tipos de atos.* (*in* MARRARA, Thiago; MACERA, Paulo Henrique. Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 18. Ano 3. p. 135-155. SP: RT, mai-jun.2015. Negrito nosso)

Em síntese, conclui-se das lições doutrinárias expostas que a depender da espécie de ato judicial praticado incidirá modalidade objetiva ou subjetiva de responsabilização civil do Estado.

A acurada análise do conjunto probatório carreado aos autos demonstra que houve sim falta grave na prestação jurisdicional – após o trânsito em julgado da sentença – na fase executiva, devendo estes serem devidamente enquadrados como atos judiciais em sentido amplo ou atos judiciários de caráter administrativo atribuídos, *data maxima venia*, ao setor administrativo da 7ª Vara do Trabalho de Guarulhos.

Vejamos o desenrolar dos fatos conforme acervo probatório trazido aos autos:

ID 3514284: a 7ª Vara determinou a penhora no rosto dos autos em processo na 8ª Vara com o intuito de satisfazer o crédito trabalhista da autora,

ID 3514284: realizada a atualização do valor devido à autora,

ID 3514285: despacho judicial da 8ª Vara para 7ª Vara solicitando esclarecimentos quanto à penhora "noticiada na fl. 544 (155/01)"; sendo enviado email em 19/06/2013,

ID 3514285: novo despacho judicial da 8ª Vara reiterando o pedido de esclarecimentos por parte da 7ª Vara nos seguintes termos "Reitere a secretaria o pedido de esclarecimentos quanto à penhora mencionada na fl. 544, deferida nos autos 155/01 da 7ª Vara desta Comarca, eis que não consta dos autos, a qual também deverá ser comprovada documentalmente e

com os valores (re)apresentados para 24/08/12, *sendo o silêncio também interpretado como equívoco naquela manifestação.*" Email enviado em 08/02/2014.

ID 3514285: despacho judicial do juízo da 8ª Vara, em vista do silêncio da 7ª Vara, determinando a desconsideração da penhora no rosto dos autos, relativo à parte autora. Importa consignar a observação do juízo da 8ª Vara em relação à 7ª Vara "Note-se que o aludido Juízo atendeu aos demais requerimentos realizados na fl. 547 consoante se observa de fls. 567/579".

ID: 3514285: a então patrona da autora solicita esclarecimentos à 7ª Vara do Trabalho trazendo detalhamento do ocorrido até então,

ID: 3514285 (fls.179): o Juízo da 7ª Vara determina a busca de informações,

ID: 3514285 (fls.180): certidão da 8ª Vara certificando, em síntese, o encaminhamento dos e-mails acima mencionados e o silêncio da 7ª Vara, despacho judicial da mesma Vara (fls. 181), nos seguintes termos: "Nada a deferir quanto à reserva pretendida, haja vista que os valores oriundos da arrematação foram integralmente liberados em favor do autor bem como para quitação das penhoras realizadas no rosto dos presentes autos. (...)",

ID 3514293: manifestação judicial da 7ª Vara, ressaltando, diante dos questionamentos da parte autora, que:

> ... A penhora no rosto dos autos foi solicitada via e-mail na forma do art. 168, §§ 1º e 2º da Consolidação das Normas da Corregedoria do E. TRT, como pode ser verificado às fls. 557/559. Foram solicitadas informações sobre o andamento da penhora no rosto dos autos requerida às fls. 562, 565 e 568. Não consta resposta nos autos de nenhum dos ofícios.
> Também não constam dos autos os ofícios a que se referem as cópias de despacho juntadas pelo exequente, às fls. 590/592.
> Em relação ao e-mail de fls. 591, também não consta destes autos o seu recebimento, nunca tendo sido trazido à conclusão deste Juízo.
> É bom lembrar, aliás, que à época da remessa deste e-mail (19/06/13), esta 7ª Vara do Trabalho tinha como titular a Dra. Andréa Cunha do Santos Gonçalves. A presente subscritora só assumiu a titularidade desta Vara em 05/09/2014, não chegando sequer a conhecer a Diretora da Secretaria anterior, que estava de licença médica e, ao término solicitou que fosse permutada para outra Vara. Daquela época, aliás, não remanesce qualquer servidor, tendo sido paulatinamente substituídos.
> Às fls. 577, este juízo, em consulta ao andamento processual, verificou inexistência de créditos disponíveis no processo no qual o presente crédito encontra-se penhorado no rosto dos autos. Desta forma, considerando-se que infelizmente nenhum valor foi transferido da 8ª V.T. local ao presente processo, não obstante a penhora no rosto dos autos ter sido efetuada regularmente, e considerando-se que não foram indicados meios para o prosseguimento da execução, aguarde-se a provocação do interessado no arquivo provisório.... (Grifos nosso.)

Resta evidente que o erro ocorreu na prática do ato administrativo judiciário omissivo que obstou a devida marcha processual da penhora no rosto dos autos relativa ao crédito trabalhista da autora, devendo incidir, *in casu*, a responsabilidade civil do estado.

Sobre a incidência da responsabilidade civil nas hipóteses de erro na prática do ato administrativo judiciário, imperiosa a análise de José Ricardo de Alvarez Vianna – em sua obra Erro Judiciário e sua responsabilização civil:

> Um olhar atento à realidade forense revela que o Judiciário, ao prestar a jurisdição, pratica uma série de condutas que não se confundem entre si. Não há como confundir uma sentença judicial, ato jurisdicional por excelência, com as intimações de testemunhas para audiência,

> realizadas pelos oficiais ou auxiliares de justiça. Não há como baralhar a decisão liminar que autoriza a busca e apreensão de veículo automotor com o ato que o perfectibiliza. Não há como equiparar, outrossim, publicações de editais para realização de alienação judicial de bens em processos executivos com a decisão que, após resolver incidente processual, autoriza sua alienação. Não há como confundir, por fim, a decisão judicial que determina o afastamento de um dos cônjuges do lar com a medida que lhe dá cumprimento.
> Essas e outras distinções demonstram que existem atos pelos quais o Estado, por intermédio de seus magistrados, toma as decisões necessárias para fins de impulso processual e resolução das questões que lhe são submetidas a julgamento, e outros atos pelos quais a máquina judiciária cumpre os primeiros. Por isso, os atos do juiz para condução e solução dos processos judiciais devem ser qualificados como atos jurisdicionais ou atos judiciais em sentido estrito. *Em contrapartida, os atos dos auxiliares de justiça para cumprimento às ordens judiciais (atos jurisdicionais), devem ser qualificados como atos judiciais lato sensu ou, simplesmente, atos judiciais.*
> *Identificada essa particularidade, resta saber se o tratamento jurídico a ambos – atos judiciais e atos jurisdicionais – deve ser idêntico. É a resposta é não.*
> *Os atos judiciais em sentido lato, a exemplo do que ocorre com os atos do Judiciário no exercício de suas funções administrativas, revestem-se de conotação administrativa, são atos materialmente administrativos, porquanto realizados em nome da máquina judiciária. Não há qualquer conteúdo decisório jurisdicional nestes. Há somente execução material do comando judicial. Razoável, pois, que se aplique aos atos judiciais em sentido lato a responsabilidade objetiva, uma vez que, em sua execução, mutatis mutandis, devem ser aplicados os princípios da Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.*
> (...)
> De outra parte, nos casos de atos jurisdicionais (atos judiciais em sentido estrito), a responsabilidade deve ser sui generis. Deve ficar submetida a regime jurídico específico, uma vez que as decisões judiciais – atos jurisdicionais genuínos – trazem em si características, pressupostos e fundamentos exclusivos, não se equiparando sequer aos atos judiciais em sentido lato. (*in* Erro Judiciário e sua responsabilização civil. SP: Malheiros, 2017. p.122/123. Negrito nosso.)

Com efeito, fixado que o erro praticado não foi de conteúdo jurisdicional em sentido estrito, mas no ato administrativo judiciário a incidir a responsabilidade civil do estado por omissão, mister verificar se de fato foram preenchidos todos os pressupostos para incidência do dever de pagar do Estado.

A responsabilidade civil é fonte de obrigações e significa o dever de ressarcimento por danos causados à determinada pessoa ou ao seu patrimônio.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, §6º consagrou a responsabilidade objetiva do Estado, *in verbis*:

> Art. 37 (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade objetiva caracteriza-se pela desnecessidade que o lesado tem de comprovar a culpa do agente público causador do dano, bastando a demonstração da conduta comissiva atribuída ao Poder Público, a ocorrência do dano (material e/ou imaterial) e, por fim, a existência de nexo causal (relação de causalidade) entre a conduta estatal (fato administrativo) e o dano suportado pela vítima.

Todavia, nos termos da doutrinária e jurisprudência majoritárias, a responsabilidade

por ato omissivo do Estado é subjetiva, devendo se investigar a culpa (*faute du service*), nas modalidades negligência, imperícia e imprudência, as quais devem se originar no descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano.

Entretanto, a responsabilidade por conduta omissiva *será objetiva quando oriunda de uma omissão específica*. Conforme leciona Cavalieri Filho:

> Haverá *omissão específica* quando o Estado estiver na condição de garante (ou guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a *omissão específica* pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado. (*in* Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. SP: Altas, 2012., p. 268)

Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> 2. Quando a inércia administrativa concorrer para a ocorrência do evento danoso, a sua omissão específica gera a responsabilidade civil do Estado. 3. Comprovada nos autos a consumação do dano, a existência de omissão estatal em fiscalizar a rodovia estadual com trânsito de animais e o vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal - requisitos cumulativos geradores da responsabilidade civil do Estado -, rever tal entendimento, firmado no acórdão recorrido, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. (AgRg no REsp 1247453/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012)

No caso em tela, *data maxima venia*, é ululante que o Estado-Juiz tinha o dever especial de agir, devendo tomar todas as medidas legais para que o crédito trabalhista da autora fosse efetivamente satisfeito. Verifica-se que mesmo instado a se manifestar por duas vezes quanto à penhora no rosto dos autos, a Secretaria da 7ª Vara do Trabalho de Guarulhos manteve-se silente, levando o Juízo da 8ª Vara a desconsiderar a mencionada penhora, tendo o bem imóvel garantidor do crédito sido alienado, pago os demais credores e a autora, até a presente data, nada recebeu.

Conforme leciona Ronald Dworkin em sua obra Levando os Direitos a Sério, enquanto indivíduos, têm os cidadãos o direito a dois tipos de direito de igualdade. O primeiro é o direito a igual tratamento (*equal treatment*), "que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo" (DWORKIN, 2002, p.349/350.); o segundo é o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*) "que é o direito de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa" (DWORKIN, 2002, p.349/350.).

No caso em tela, o Estado-Juiz – em razão de uma atuação omissiva encarnada em um ato administrativo judiciário praticado, ou melhor, não praticado pela 7ª Vara do Trabalho de Guarulhos que deixou de prestar as devidas informações ao Juízo da 8ª Vara do Trabalho de Guarulhos – não cumpriu com o seu dever de dar tratamento em igual respeito e consideração à parte autora.

Não assiste, por sua vez, razão a União quando afirma a existência de culpa concorrente, uma vez que a parte autora não deu causa, nem criou óbice ao andamento processual, sendo o polo hipossuficiente frente ao aparato estatal que deve entregar a prestação jurisdicional completa, não só a pacificação do direito na fase de conhecimento, mas também, o bem da vida devido, no caso o crédito trabalhista, não há que se sustentar, face ao acervo probatório, a atenuação da responsabilidade estatal face a algum comportamento da parte autora.

Deve, com efeito, ser a União condenada a pagar a autora o valor integral do crédito trabalhista de R$ 47.628,26 (quarenta e sete mil seiscentos e vinte e oito reais e vinte e seis centavos) devendo este ser atualizado desde a data de 29/05/2007, data da homologação judicial dos créditos (ID 3514279, fls. 93).

Passo a apreciar o pedido de indenização por danos morais.

É cediço que não basta, para a configuração dos danos morais, o aborrecimento ordinário, diuturnamente suportado por todas as pessoas. Impõe-se que o sofrimento infligido à vítima seja de tal forma grave, invulgar, justifique a obrigação de indenizar do causador do dano e lhe fira, intensamente, qualquer direito da personalidade, tal como perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos.

Ensina Everaldo Augusto Cambler, em seu artigo "Pressupostos da Responsabilidade Civil", publicado *in* "Atualidades de Direito Civil - Vol. II", Juruá Editora:

> Com efeito, não é qualquer tipo de desgosto ou frustração que justifica a responsabilidade pelo dano moral. Somente se justifica a qualificação de dano moral àquele dano que possui o caráter atentatório à personalidade, lesando elementos essenciais da individualidade, que devem ser protegidos em defesa dos valores básicos da pessoa e do relacionamento social.

E a reparação do dano moral, segundo AGUIAR DIAS, deve seguir um processo idôneo, alcançando para o ofendido um "equivalente adequado", isto é, um valor que se revela justo para reparar o mal praticado, sem o enriquecimento sem causa do requerente. Segundo o autor:

> A reparação será sempre, sem nenhuma dúvida, inferior ao prejuízo experimentado, mas, de outra parte, quem atribuísse demasiada importância a esta reparação de ordem inferior se mostraria mais preocupado com a idéia de lucro do que mesmo com a injúria às suas afeições; pareceria especular sobre sua dor e seria evidentemente chocante a condenação cuja cifra favorecesse tal coisa. (AGUIAR DIAS, Da Responsabilidade Civil, 9ª ed., Rio, Forense, 1994, vol. II, pág. 740, nota 63).

Nesse sentido, veja-se o magistério de Sérgio Cavalieri Filho:

> Nessa linha de princípio, só deve ser reputado dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. (Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros Editores, 4ª edição, 2003, p. 99).

Verifica-se que os fatos configuram hipótese típica de dano *in re ipsa*, cuja danosidade é presumida pelo princípio *id quod plerumque accidit* (aquilo que normalmente ocorre), em razão de todos os fatos demonstrados e diante da inércia da 7ª Vara do Trabalho de Guarulhos no sentido de solucionar a questão atendendo os despachos e pedidos de informações realizados pela 8ª Vara.

Também agrava a situação da ré o fato da parte autora precisar movimentar a máquina judicial, pela segunda vez, para obter o valor do crédito trabalhista que já lhe foi reconhecido como devido há mais de 10 anos. Nestes termos, esse prolongamento do sofrimento da parte

autora, também deve ser valorado em prejuízo da União.

Noutro giro, a indenização por dano moral, prevista no art. 5º, V, da Constituição Federal de 1988, objetiva reparar, mediante pagamento de um valor estimado em pecúnia, a lesão ou estrago causado à imagem, à honra de quem sofreu o dano.

A dificuldade de valorar essa espécie de dano, contudo, dada a sua natureza, não deve implicar negativa de indenizar. Havendo dano, por conseguinte, necessário se mostra o pagamento da indenização respectiva, através de uma estimação ponderada do magistrado, considerando alguns critérios como a gravidade do dano, a recuperação da vítima, a sua situação familiar e socioeconômica, bem como as condições do autor do ilícito.

No entanto, entendo que o valor pleiteado a título de danos morais não pode ser excessivo. A indenização por danos morais deve ser razoável e levar em conta seu caráter educativo e a conduta tomada pela ré desencorajando, deste modo, a má prestação do serviço público, inclusive o de natureza judicial. Não pode, a indenização, acarretar um enriquecimento indevido da parte autora.

Citando, novamente, o mestre Cavalieri Filho quanto à mensuração do dano moral:

> Creio que a fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. (*in* Programa de Responsabilidade Civil, 11.ed., SP: Atlas, p. 125).

Desta forma, considerando-se os fatos ocorridos, entendo razoável a fixação da indenização referente ao dano moral no valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Trata-se de montante adequado para recompor a lesão causada à parte autora e, simultaneamente, compelir o réu a zelar para que situações como a que ensejou a presente ação não se repitam. Assim o referido *quantum* não causará enriquecimento sem causa para a parte autora, nem se revelará em condenação inócua para a ré.

3) DISPOSITIVO

Ante o exposto, dou por resolvido o mérito, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado por MARIA DAS GRAÇAS DE ARAÚJO DA ROCHA para:

a) condenar a UNIÃO FEDERAL a pagar indenização por danos materiais no valor correspondente a R$ 47.628,26 (quarenta e sete mil seiscentos e vinte e oito reais e vinte e seis centavos) devendo este sofrer a incidência de correção monetária pelo IPCA-E (período integral) e juros moratórios desde data 29/05/2007 (data da homologação dos cálculos, ID 3514279, fls. 93) conforme o Manual de Cálculos aprovado pela Resolução 267/2013 do CJF até a publicação da Lei nº 11.960/2009 (29/06/2009), a partir desta os juros moratórios deverão ser apurados conforme a remuneração oficial da caderneta de poupança tudo nos termos do RESP nº 1.495.146/MG.

b) condenar a UNIÃO FEDERAL a pagar indenização por danos morais, no valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Até a liquidação desse montante, incide correção monetária pelo IPCA-E a contar da data do arbitramento (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça). A partir de 01/12/2014 – data da assinatura do despacho judicial da 8ª Vara que determinou a desconsideração da penhora no rosto dos autos visto o silêncio no envio das informações por parte da 7ª Vara – (ID 3517285, fls. 163, conforme Súmula 54 do Superior Tribunal de

Justiça), devem incidir os juros de mora pela remuneração oficial da caderneta de poupança nos termos do RESP nº 1.495.146/MG.

Condeno a parte ré ao reembolso de eventuais despesas e ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo no percentual mínimo do § 3º do art. 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor da condenação/proveito econômico obtido pela parte autora, de modo a possibilitar sua eventual majoração, nos termos do § 11 do mesmo dispositivo, e observado, ainda, seu § 5º, por ocasião da apuração do montante a ser pago.

Oficie-se a Colenda Corregedoria Regional do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região com cópia dos autos e da presente sentença para ciência e, se entender cabível, providências. *Serve esta decisão de ofício com o envio de nossas respeitosas homenagens.*

Sentença sujeita a reexame necessário.

Oportunamente, arquivem-se os autos com baixa na distribuição.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se. Oficie-se.

Guarulhos/SP, 20 de julho de 2018.

Juíza Federal Substituta CAROLLINE SCOFIELD AMARAL



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo 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 subseqüente, 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 JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO [1]

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal "per capita" correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

1 **Súmulas 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 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 ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ 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

Gabinete da Revista - revista@trf3.jus.br - Tel.: (11) 3012-1532