

REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXVIII - N. 133 - ABRIL/JUNHO DE 2017 - ISSN 1982-1506

NESTA EDIÇÃO:

- Princípio da personalidade da pena e execução penal

Jamil Chaim Alves

- Colisão de direitos fundamentais:
sopesamento e ponderação
pelo espectro da dignidade
da pessoa humana

Guilherme Fraiha Granjo / Yun Ki Lee

- Constelação Familiar e Direito: o
novo caminho rumo à paz social

Marcos Antonio Ferreira de Castro

- O Acordo Brasil – Santa Sé

Edson Luiz Sampel

- O ciclo PDCA aplicado às
rotinas administrativas
e processuais do Poder
Judiciário

Murilo Alves de Carvalho



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Nery Júnior

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 XXVIII	n. 133	p. 489	abr./jun. 2017

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Nery Júnior

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Mariana de Godoy Labate / Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

Diagramação, Impressão e Acabamento: Divisão de Serviços Gráficos

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

Trimestral (1990-2000, jul.2012-), bimestral (2001-jun.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 de artigos doutrinários, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun.2011) - n. 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⁾

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

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 23/05/2017.

⁽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 - Presidente
WILSON ZAUHY
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
SOUZA RIBEIRO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR - Presidente
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
FÁBIO PRIETO
CONSUELO YOSHIDA - Presidente
JOHNSOM DI SALVO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE - Presidente
MARCELO SARAIVA

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

FAUSTO DE SANCTIS - Presidente
TORU YAMAMOTO
PAULO DOMINGUES
CARLOS DELGADO

NONA TURMA:

MARISA SANTOS - Presidente
DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN
ANA PEZARINI

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA - Presidente
LUIZ STEFANINI
TÂNIA MARANGONI
DAVID DANTAS

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES - Presidente
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

CECILIA MELLO
JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Princípio da personalidade da pena e execução penal

Jamil Chaim Alves 15

Colisão de direitos fundamentais: sopesamento e ponderação pelo espectro da dignidade da pessoa humana

Guilherme Fraiha Granjo

Yun Ki Lee 33

Constelação Familiar e Direito: o novo caminho rumo à paz social

Marcos Antonio Ferreira de Castro 47

O Acordo Brasil – Santa Sé

Edson Luiz Sempel 59

O ciclo PDCA aplicado às rotinas administrativas e processuais do Poder Judiciário

Murilo Alves de Carvalho 71

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Exercício regular do poder de polícia. Ausência de abuso ou excesso na atuação do poder público. Erradicação do cancro cítrico. Indenização indevida.

AC 0000894-97.2009.4.03.6124

Desembargador Federal Nelton dos Santos..... 89

Transporte rodoviário de passageiros. Necessidade de autorização da ANTT. Retenção de veículo. Liberação condicionada ao pagamento das despesas de transbordo. Impossibilidade.

AC 0000542-71.2011.4.03.6124

Desembargador Federal Fábio Prieto 96

Responsabilidade civil do Estado. Queda em aeroporto. Ato omissivo. Negligência. Dano material. Dano moral. Dano estético. Cumulação. Ocorrência. Redução do “quantum” indenizatório a título de dano material.

AC 0003357-70.2012.4.03.6103

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 100

Indisponibilidade decretada em Ação Civil Pública. Liberação de imóvel. Pedido de terceiro. Sentença. Cabimento de apelação. Venda posterior ao bloqueio judicial. Disposição ineficaz. Extensão aos negócios subsequentes. Registro da constrição e má-fé do adquirente. Irrelevância

AC 0002654-81.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 107

Ensino superior. Abono de faltas e realização de provas durante período de guarda religiosa no Estado de São Paulo. Aplicação da Lei Estadual nº 12.142/2005.

Ag AMS 0006257-86.2013.4.03.6104

Desembargador Federal Nery Júnior.....112

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Inocorrência de supressão de instância e ofensa à ampla defesa. Ausência de devolutividade quanto aos temas da incompetência da Justiça Federal, foro por prerrogativa de função. Artigo 7º da Lei nº 8.429/1992. Presença dos pressupostos para concessão da medida. Responsabilidade solidária das agravadas considerada para fins do decreto de indisponibilidade. Necessidade de delimitação do “quantum”.

AI 0021505-71.2013.4.03.0000

Desembargador Federal André Nabarrete 115

Curso de técnico em radiologia realizado concomitantemente com o Ensino Médio. Inscrição no Conselho Profissional. Possibilidade.

REOMS 0005974-07.2015.4.03.6100

Desembargadora Federal Mônica Nobre 131

DIREITO AMBIENTAL

Apelação em Ação Civil Pública ambiental. Intervenção em APP na APA das ilhas e várzeas do Rio Paraná. Obrigação “propter rem”. Rancho de pesca derivado de loteamento clandestino. Inserção em área urbana consolidada não comprovada. Necessidade de demolição das edificações para regeneração da vegetação natural, comprovadamente recuperável. Indenização afastada.

AC 0002508-37.2013.4.03.6112

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo.....137

DIREITO CIVIL

Ação monitória. Contrato bancário. Revisão geral do contrato. Força obrigatória dos contratos. Responsabilidade do sócio avalista após sua saída da sociedade. Majoração das verbas sucumbenciais.

AC 0010267-98.2007.4.03.6100

Desembargador Federal Wilson Zauhy 151

Direito autoral. Excertos de audiovisual publicados sem indicação de autoria e com fins de proveito econômico. Danos materiais e morais caracterizados. “Quantum” indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade na sua fixação. Ausência de responsabilidade civil da União.

AC 0020728-61.2009.4.03.6100

Desembargador Federal Paulo Fontes 154

Execução de título extrajudicial. Anuidade devida à OAB. Programa de recuperação de créditos. Parcelamento. Novação não configurada. Extinção indevida.

AC 0010258-43.2010.4.03.6000

Desembargador Federal Carlos Muta 165

DIREITO PENAL

Falsidade ideológica. Declaração de bagagem acompanhada. Dosimetria. Pena-base. Confissão espontânea. Reincidência. Compensação. Regime inicial. Substituição por restritivas de direitos.

ACr 0002132-11.2005.4.03.6119

Desembargador Federal Maurício Kato..... 171

Uso de atestados falsos com o intuito de justificar ausências ao trabalho. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Dosimetria. Continuidade delitiva. Acréscimo. Número de infrações.

ACr 0009972-02.2013.4.03.6181

Desembargador Federal José Lunardelli.....177

Crime contra a ordem tributária. Declaração retificadora. Ausência de constituição definitiva do crédito tributário. Súmula vinculante nº 24. Ausência de justa causa.

RSE 0001476-17.2015.4.03.6115

Desembargador Federal Nino Toldo 183

Posse ou porte ilegal de arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito (Lei nº 10.826/2003, art. 16). Crime de perigo abstrato. Materialidade. Autoria. Comprovação. Crime único. Nulidade. Ausência de prejuízo. “Emendatio libelli”. Segundo grau. Admissibilidade.

ACr 0008042-34.2015.4.03.6130

Desembargador Federal André Nekatschalow 187

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Revisão da RMI. Salários de contribuição. Empregado doméstico. Recolhimento das contribuições a cargo do empregador. Prescrição quinquenal. Juros e correção monetária. Honorários de advogado.

ApelReex 0007976-38.2006.4.03.6108

Desembargador Federal Paulo Domingues 205

Aposentadoria por invalidez. Mal de Alzheimer. Carência e incapacidade total e permanente questões incontroversas. Qualidade de segurado. Recolhimento de mais de 120 contribuições. Período de graça. Prorrogação. Agravamento da doença. Preexistência afastada. Requisitos preenchidos.

AC 0001248-11.2012.4.03.6127

Desembargador Federal Carlos Delgado 210

Desaposentação. Impossibilidade. Julgamento, pelo e. Supremo Tribunal Federal, de Recurso Extraordinário (com repercussão geral da questão constitucional) afastando a possibilidade de renúncia a benefício previdenciário.

AC 0026398-18.2012.4.03.9999

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 221

Aposentadoria por tempo de contribuição. Contratos de trabalho registrados em CTPS e não lançados no CNIS. Atividade especial. Dentista.

ApelReex 0004254-92.2013.4.03.6126

Desembargador Federal Baptista Pereira 224

Auxílio-reclusão. Agravo. Artigo 1.021 do CPC/2015. Prisão ocorrida no assim denominado “período de graça”. Critério a ser utilizado para aferição da renda. Ausência de remuneração.

Ag AC 0005429-35.2014.4.03.6111

Desembargadora Federal Marisa Santos 234

Salário-maternidade. Mandado de segurança. Contrato por tempo determinado. Prestadora de serviços. Art. 97 do Decreto nº 6.122/2007.

AMS 0000416-48.2015.4.03.6005

Desembargadora Federal Lucia Ursaia 239

Auxílio-doença e aposentadoria. Cumulação. Impossibilidade. Desconto dos valores referentes ao período em que houve recolhimento previdenciário. Título executivo que não prevê a compensação. Violação da coisa julgada.

AC 0001314-12.2015.4.03.6183

Desembargadora Federal Tânia Marangoni 244

Mandado de Segurança. Reconhecimento de atividade especial. Desempenho da atividade de médico, exposto a agentes agressivos biológicos. Possibilidade.

AMS 0003280-44.2016.4.03.6128

Desembargador Federal Gilberto Jordan 251

Aposentadoria por idade de trabalhador rural. Segurado especial. Prova testemunhal inconsistente e contraditória. Utilização partilhada do imóvel rural de propriedade do autor por meeiros fixos. Regime de economia familiar descaracterizado. Benefício indeferido.

AC 0036164-56.2016.4.03.9999

Desembargadora Federal Ana Pezarini 257

Aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença rural. Benefício não contributivo. Artigo 143 da Lei nº 8.213/1991. Norma transitória. Segurado especial. Artigo 39 da referida lei. Laudo pericial. Incapacidade parcial e permanente. Início de prova material presente. Prova oral precária. Não comprovação do labor rural. Requisitos não preenchidos. Benefício indevido. Sentença “extra petita” anulada. Causa em condições de imediato julgamento. Artigo 1.013, § 3º, II, do CPC/2015.

AC 0041490-94.2016.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 267

Aposentadoria por idade híbrida. Art. 48, “caput” e § 3º, da Lei nº 8.213/1991. Atividade rural e urbana comprovadas. Início de prova material corroborada por prova testemunhal. Concomitante exercício de atividade urbana ou rural com o implemento do requisito etário. Inexigibilidade. Requisitos preenchidos. Benefício devido.

ApelReex 0003037-93.2017.4.03.9999

Desembargador Federal Nelson Porfírio 275

Pensão por morte. Dependente. Filho universitário. Recurso Especial Representativo de Controvérsia (art. 543-C do CPC/1973). Impossibilidade de prorrogação após o filho dependente completar 21 anos de idade.

AC 0004442-67.2017.4.03.9999

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 285

Assistência social. Benefício de prestação continuada. Deficiente. Reexame necessário incabível. Requisitos legais satisfeitos. Benefício concedido.

ApelReex 0005472-40.2017.4.03.9999

Desembargador Federal David Dantas 288

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Agravo Interno em Ação Civil Pública. Legitimidade ativa. Ministério Público Federal. Interesses individuais homogêneos disponíveis de relevância social. Direito à educação. FIES. Inaplicabilidade do CDC. Capitalização. Tabela Price. Multa moratória e pena convencional. Cabimento. Danos morais coletivos. Inocorrência. Recálculo das dívidas. Prévia publicidade da sentença para habilitação dos interessados.

Ag AC 0014336-07.2006.4.03.6102

Desembargador Federal Hélio Nogueira 299

Aposentadoria por tempo de serviço. Carência de ação. Prévio requerimento administrativo. Regras de transição estabelecidas no RE nº 631.240. Novo requerimento administrativo efetuado, posterior à propositura da ação.

AC 0034160-27.2008.4.03.9999

Desembargador Federal Toru Yamamoto 327

Recurso Especial. Admissibilidade. Não localizado precedente sobre o tema do acórdão recorrido na base de jurisprudência do STJ. Discussão sobre a incidência de contribuição previdenciária sobre verbas de quebra de caixa, auxílio-natalidade, adicionais de horas extras, noturno, periculosidade, insalubridade e tempo de serviço, salário-maternidade, férias gozadas e décimo terceiro.

REsp AMS 0009532-55.2013.4.03.6100

Desembargador Federal Mairan Maia 331

Embargos Infringentes em Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. Exceção de pré-executividade. Ilegitimidade “ad causam”, matéria de ordem pública, insuscetível de preclusão “pro judicato”. Redirecionamento da Execução Fiscal. Dissolução irregular da empresa executada. Prescrição do crédito tributário. Despacho citatório, proferido na vigência da Lei Complementar nº 118/2005. Aplicável a novel legislação. Prescritos todos os débitos tributários.

EI 0018547-15.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Marcelo Saraiva 334

Questão de ordem. Erro material. Artigo 494, I, do NCPC. Julgamento equivocado. Princípio da vinculação temática não observado.

AC 0034710-46.2013.4.03.9999

Desembargador Federal Luiz Stefanini 354

Assistência judiciária gratuita. Declaração de pobreza. Presunção relativa. Aferição da capacidade econômica do requerente com base nos elementos existentes nos autos. Possibilidade. Indeferimento da gratuidade.

AgRg AI 0025417-08.2015.4.03.0000

Desembargador Federal Newton De Lucca 356

Conflito Negativo de Competência. Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação Brasileira. Pleito de reconhecimento e cumprimento das sentenças prolatadas por seus árbitros com a consequente liberação do FGTS e seguro-desemprego.

CC 0005211-36.2016.4.03.0000

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 361

Execução Fiscal em Agravo de Instrumento. Produção de prova. Perícia contábil. Desnecessidade.

AI 0006443-83.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Cotrim Guimarães 367

Descumprimento da ordem judicial. Fornecimento de medicamento. Aplicação de multa contra a Fazenda Pública (“astreintes”). Possibilidade.

AI 0019607-18.2016.4.03.0000

Desembargadora Federal Diva Malerbi 370

Execução Fiscal. Instituto da desconsideração da personalidade jurídica da empresa. Reconhecimento de ofício. Impossibilidade. Artigo 133 do CPC/2015.

AI 0020877-77.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Valdeci dos Santos.....376

Agravo de instrumento. Execução Fiscal. Recuperação judicial. Penhora.

AI 0021184-31.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Souza Ribeiro 380

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Conflito de Competência. Suposto crime contra o sistema financeiro nacional. Duplicatas mercantis ideologicamente falsas. Contrato de limite de crédito para as operações de desconto na CEF.

CJ 0009263-80.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Peixoto Junior 387

Exceção de suspeição. Intempestividade. Prazo regimental. Petição apresentada no dia da sessão de julgamento, mediante protocolo integrado. Fato que só chegou ao conhecimento depois de encerrada a sessão. Descumprimento do artigo 282 do RITRF3.

AgRg Suspei 0021621-72.2016.4.03.0000

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 397

“Habeas Corpus”. Contrabando. Vendedor ambulante. Prisão preventiva. Desproporcionalidade da medida. Medidas cautelares diversas da prisão. Ordem concedida.

HC 0001396-94.2017.4.03.0000

Desembargadora Federal Cecília Mello 403

DIREITO TRIBUTÁRIO

PIS. COFINS. Seguradora. Receitas financeiras. Lei nº 12.973/2014. Artigo 52. Incidência.

AMS 0026641-14.2015.4.03.6100

Desembargadora Federal Marli Ferreira 409

SENTENÇAS

Execução Fiscal. Cobrança de COFINS. Penhora de bens negativa. Dissolução irregular. Grupo econômico. Confusão patrimonial. Abuso da personalidade jurídica. Instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

0016437-63.2009.4.03.6182

Juiz Federal Renato Lopes Becho 421

Revisão de cláusulas de contrato de financiamento habitacional. Condomínio horizontal de casas padronizadas em construção. Atraso na entrega do imóvel. Vícios de construção. Dano moral.

0008807-40.2012.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 438

Ação Ordinária. Ação coletiva. Declaração de ajuste anual de imposto de renda. Obrigação de aceitar as deduções integrais de despesas com instrução própria e/ou de dependentes dos associados da APESP.

0021916-79.2015.4.03.6100

Juiz Federal Heraldo Garcia Vitta 458

Ação de cobrança. Ressarcimento ao erário. Pagamento indevido de benefício previdenciário. Ocultação de estado civil.

0000805-09.2016.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 474

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 483

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 487



Artigos Doutrinários

Princípio da personalidade da pena e execução penal



Jamil Chaim Alves

Doutor e Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Juiz de Direito em São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Princípio da personalidade da pena – 2.1. Conceito e esboço histórico – 2.1.1. Brasil – 2.2. Alcance – 3. Personalidade da pena na execução penal – 3.1. Noções gerais – 3.2. Pena privativa de liberdade – 3.2.1. Pesquisa de campo – 3.2.2. Considerações – 3.3. Pena restritiva de direitos – 3.3.1. Noções gerais – 3.3.2. Interdição temporária de direitos (Art. 47, I e II, do CP) – 3.3.3. Perda de bens e perdimento de bens – 3.4. Pena de multa – 4. Conclusão – 5. Bibliografia – 6. Apêndice.

1. Introdução

O princípio da personalidade da pena (art. 5º, XLV, da CF), assim como o princípio da legalidade, da humanidade e da individualização da pena, representa uma grande conquista do direito penal. Afinal, sob a ótica das finalidades da pena – e mesmo por razões de justiça –, não há por que se aplicar uma reprimenda a quem não concorreu para a prática do delito.

Não obstante a sua importância, o princípio muitas vezes é desrespeitado ou mal interpretado, gerando discussões descabidas sobre o seu significado e alcance. Em contra-

partida, pouco se escreve a respeito de sua incidência no âmbito específico da execução penal. Não se pode olvidar, contudo, que durante a execução da pena – enquanto está em regime fechado, por exemplo – o indivíduo necessita tanto da efetiva aplicação dos princípios penais quanto durante o julgamento.

No direito pátrio, algumas das principais questões envolvendo a personalidade da pena surgem justamente no momento da execução penal. Isto porque, felizmente, não temos mais em nossa legislação penal dispositivos prevendo a punição de filhos e netos por crimes praticados por seus pais e avós. Atualmente, o mais comum é que a sanção preju-

dique terceiros de forma *reflexa*, e isto ocorre sobretudo durante o seu cumprimento.

Convém, assim, examinar o referido princípio, de modo a se determinar o seu alcance e em que medida ele vem sendo observado, bem como os instrumentos disponíveis em nossa legislação para mitigar os prejuízos que a aplicação da pena causa a terceiros.

2. Princípio da personalidade da pena

2.1. Conceito e esboço histórico

O princípio da personalidade da pena, também conhecido como princípio da pessoalidade ou da intranscendência, significa que a pena não pode passar da pessoa do delincente. Está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, que, no artigo 5º, inciso XLV, dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

Conforme magistério de José Antonio Paganella Boschi, o princípio da intranscendência “é expressão da lenta evolução dos povos. Constou da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, foi reeditado na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, e tem, em nosso meio, base constitucional”.¹

Inicialmente, na fase da vingança privada, as sanções podiam tanto envolver o indivíduo isoladamente quanto o seu grupo social.² Neste momento, ainda precedente à fundação do Estado, existia a reação de uma tribo contra outra. Com a convivência das diversas tribos, ocorre uma mudança na forma de reação social. A lesão de um membro de uma tribo por um membro de outra dá lugar à vingança de sangue, exercida de tribo a tribo, como vingança coletiva.³

Na Grécia antiga, o crime e a pena possuíam cunho religioso. Durante a denominada época lendária do direito grego, verificou-se o predomínio da vingança privada, que não se limitava ao delincente, mas a toda sua família.⁴ Tal concepção religiosa foi superada por meio da contribuição de filósofos, sendo o direito penal greco-romano considerado ponto de secularização da legislação penal.⁵

O direito romano representa uma síntese da sociedade antiga, e seu direito oferece um ciclo jurídico completo.⁶ Nos primeiros tempos, por volta dos séculos IX e VIII a.C., as penas tinham por fundamento a religião, havendo a expiação, que resultava quase sempre no sacrifício do autor do delito, que se dava de forma cruel. A pena, portanto, não representava somente a morte, mas a destruição completa do indivíduo, dele não devendo restar qualquer traço, decorrendo daí a perda de todos seus direitos e bens. Na fase do reinado, permaneceu o caráter sagrado da pena, mas começou a se firmar o período da vingança pública, que encontrava fundamento no direito civil. No período republicano, a pena perde seu conteúdo expiatório e ganha força, de forma paulatina, a proibição da vingança privada, prevalecendo o talião e a composição. Quanto a esta, havia a possibilidade de entregar um escravo para sofrer a pena no lugar do infrator, desde que houvesse a concordância da vítima. Durante o império, ocorre recrudescimento das penas, passando-se novamente a aplicar a pena de morte (o que não ocorria no período anterior) e criando-se novos tipos de punição, como condenação a trabalhos forçados.⁷

1 BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 48.
2 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 51.
3 LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Madrid: Reus, 1999, t. 1, p. 20.

4 JIMENÉZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. atual. Buenos Aires: Losada, 1992, v. 1, p. 273-275.
5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal - parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 332.
6 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 64.
7 PIERANGELI, José Henrique. *Das penas: tempos primitivos e legislações antigas. Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 3-32, jul./set. 1992.

O direito germânico pode ser dividido em duas fases: a) época germânica – este período tem início a partir da formação do reinos (378). Nesta época primitiva, anterior à invasão de Roma, não havia leis escritas, sendo o direito consuetudinário. Nela, o ordenamento era visto como uma ordem de paz, e o crime, a perda ou negação desta. Em caso de ofensa pública, era aplicada ao ofensor a perda da paz (*Friedlosigkeit*), que o excluía do grupo familiar (expulsão), equiparando-o aos animais do campo.⁸

No final do século XVIII, verifica-se uma tendência de reforma nas leis e na administração da justiça, propiciada por um extraordinário movimento de ideias, ao qual se denominou Iluminismo. Verdadeiro marco na história do princípio da personalidade da pena – e do próprio direito penal – ocorre em 1764, com a publicação, em Milão, da obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria. Conforme assevera Guilherme de Souza Nucci:

[...] o caráter humanitário presente em sua obra foi um marco para o Direito Penal, até por que contrapôs-se ao arbítrio e à prepotência dos juízes, sustentando-se que somente leis poderiam fixar penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las tal como postas. Insurgiu-se contra a tortura como método de investigação criminal e pregou o princípio da responsabilidade pessoal, buscando evitar que as penas pudessem atingir os familiares do infrator [...]. A pena, segundo [Beccaria] defendeu, além do caráter intimidativo, deveria sustentar-se na missão de regenerar o criminoso.⁹

No período subsequente, observou-se a consagração da personalidade da pena. Conforme acentua Luiz Luisi:

[...] é princípio pacífico do direito penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado. [...] Ao contrário do ocorrido no direito pre-beccariano a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco.¹⁰

2.1.1. Brasil

As Ordenações Filipinas vigoraram a partir de 1603 e foram aplicadas no Brasil por mais de dois séculos. Não eram conhecidos, à época, os princípios de direito penal, tais como legalidade, proporcionalidade e humanidade. O princípio da personalidade da pena também não era consagrado, havendo vários dispositivos em que a pena era cominada diretamente aos familiares do ofensor. Nos casos de traição contra o rei, por exemplo, além da pena de morte, era previsto o confisco de todos os bens do ofensor, em detrimento de seus familiares. Estabeleciam as Ordenações que, nas hipóteses onde os filhos ficassem excluídos da herança do pai, se fossem varões, ficariam infamados para sempre, de modo que nunca poderiam receber honrarias, nem figurar como beneficiários em testamentos, nem haver qualquer coisa que lhes fosse dada, ou deixada, *inter vivos* ou como disposição de última vontade. O mesmo ocorria com relação aos netos cujo avô tivesse cometido o referido crime (título VI, 13).

O Decreto de 17 de junho de 1759 impunha penas que passavam para os filhos e seus descendentes, de modo que a condenação de Tiradentes, nos termos que foi posta, refletia a barbárie da legislação da época.¹¹

8 JIMENÉZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. atual. Buenos Aires: Losada, 1992, v. 1, p. 286-288. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 68-70.

9 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 42.

10 LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 51.

11 BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 48.

Posteriormente, a primeira Constituição brasileira, de 1824, já contemplou o princípio, assim estabelecendo: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinquent. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer grão, que seja” (art. 179, XX). A Constituição da República, de 1891, também determinava expressamente que “nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente” (art. 72, § 19), assim como a Constituição de 1934 (art. 113, 28). A Constituição de 1937 não fez menção ao princípio, que ressurgiu na Constituição de 1946 (art. 141, § 30), sendo também previsto na Constituição de 1967 (art. 150, § 13) e na Constituição de 1969 (art. 153, § 13).

A Constituição de 1988, por seu turno, estabelece que:

[...] nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. (art. 5º, XLV)

Na legislação infraconstitucional, o primeiro diploma genuinamente brasileiro foi o Código Criminal do Império do Brasil, promulgado em 16 de dezembro de 1830, sob a égide da Constituição de 1824. Bastante aplaudido, este Código adotou os postulados da escola clássica de direito penal e contemplou diversos princípios de direito penal, tais como a legalidade, a irretroatividade da lei penal e a insignificância. A preocupação com a intranscendência da pena pode ser identificada no artigo 43, segundo o qual “na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ella será julgada, em caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto”.

O Código Republicano, de 1890, também se preocupou com a personalidade da pena, dispondo, no *caput* do artigo 25, que “a responsabilidade penal é exclusivamente

pessoal”. O parágrafo único do dispositivo ainda previa que “nos crimes, em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recahira sobre cada um dos que participarem do facto criminoso”.

Redação idêntica está prevista na Consolidação das Leis Penais, adotada pelo Governo republicano por meio do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. A Consolidação, vale anotar, não foi propriamente um Código novo, mas sim uma coletânea da legislação vigente à época.

O Código Penal de 1940 consagrou o princípio, prevendo que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa” (art. 11), e que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas” (art. 25). Atualmente, com a reforma da parte geral do Código Penal (Lei nº 7.209, de 1984), estas regras estão previstas nos artigos 13 e 29, respectivamente.¹²

Vale apontar que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), ao lado de outros diplomas, contém regras visando atenuar os danos que a condenação traz aos familiares do condenado.

2.2. Alcance

De acordo com o princípio ora em análise, a pena não pode passar da pessoa do condenado. É comum, entretanto, que a aplicação da sanção criminal venha a atingir, reflexamente, terceiras pessoas. Ao se condenar um indivíduo à prisão, por exemplo, pode-se estar prejudicando sua família, que perderá a renda por ele auferida quando em liberdade. Como aponta Fernando Vernice dos Anjos:

[...] trata-se de um princípio simples de ser explicado e abstratamente aplicado.

¹² “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”.

“Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Qualquer regime democrático repudia as antigas sanções de infâmia ou confisco contra a família do criminoso. No entanto, é sabido que qualquer pena e, em especial, a de prisão, afeta o círculo de pessoas próximas ao condenado. Famílias ficam privadas de pais e de mães que, encarcerados, não podem provê-las, ocorrendo uma verdadeira *transferência da pena*.¹³

Segundo lição de René Ariel Dotti:

[...] a exigência da personalidade da pena – declarada no art. 5º, XLV, da CF – não constitui, a rigor, um princípio com a segurança e a clareza de outras garantias que têm essa designação. Na realidade prática, os *efeitos* morais e materiais da infração penal vão para além da pessoa de seu autor para se transmitirem, não raro, às demais pessoas que com ele convivem. Daí porque a garantia formal da personalidade da pena é referida como um *dogma*. Não existe nenhum fundamento humano, social e ético para que o sacrifício da pena seja também imposto aos parentes e amigos do responsável pelo fato punível. [...] É uma imposição do Direito Natural, assentada no antigo brocardo *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).¹⁴

Sobre o tema, assevera Giulio Battaglini:

[...] a pena é sanção de *caráter individual e estritamente pessoal* [...]. Sem dúvida, a sujeição pessoal do culpado ao castigo não deixa de produzir *dano e dor também para os inocentes* a ele vinculados por laços de parentesco ou mesmo de afeição. Quem quer que tenha experiência da vida dos presos, conhece bem esses dolorosíssimos aspectos: não é raro ver esposas de presos constan-



gidas à prostituição, por necessidades econômicas. Esses inconvenientes são, em parte, fatalmente conexos a uma medida que se inspira – pela sua natureza – em exigências supra-individuais do governo da sociedade; em parte podem e devem ser eliminados por meio de uma *assistência* [...] que não seja letra morta.¹⁵

A personalidade da pena é um princípio basilar de qualquer Estado Democrático de Direito. Conforme magistério de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar:

[...] o Estado de polícia estende a responsabilidade a todos que cercam o infrator, pelo menos por não terem denunciado sua atividade, e considera sua família perigosa, porque seus membros podem vingá-lo. Tais características se acentuam nos delitos que afetam a existência do estado, que no estado de polícia se confunde com o governo. Por

13 ANJOS, Fernando Vernice dos. Princípio limitadores da execução penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009.

14 DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 440.

15 BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal: parte geral*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 2, p. 627.

isso, por meio do terror incentiva a delação e consagra a *corrupção de sangue*. No estado de direito a responsabilidade penal deve ser individual e não pode transcender a pessoa do delinqüente. [...] Entretanto, essa transcendência do poder punitivo na direção de terceiros é, de fato, inevitável: a comunicação, o conhecimento, a estigmatização, a queda dos rendimentos etc., são todos efeitos que inevitavelmente alcançam a família do simples acusado e mesmo outras pessoas. Nossa legislação contém poucos dispositivos no sentido de atenuá-los, como, por exemplo, o auxílio-reclusão, de natureza previdenciária (art. 80, Lei nº 8.213, de 24 jul. 91). Um efeito transcendente de prisionização – sem embargo da tímida previsão legal da visita íntima (art. 41, inc. X, LEP), na prática subordinada à maior ou menor liberalidade da administração – é a privação de relações sexuais, que deixa ao cônjuge ou companheiro não-institucionalizado a opção entre abstinência ou dissolução do vínculo afetivo.¹⁶

Em face do exposto, parece-nos que o princípio da personalidade precisa ser examinado sob dois prismas, para que se possa extrair seu verdadeiro significado e alcance. Num primeiro aspecto, ele veicula uma proibição, em caráter *absoluto*, de que a pena abstratamente cominada se dirija a terceiras pessoas, que não concorreram para o delito. Nessa esteira, o exemplo clássico de afronta ao princípio é a condenação de Tiradentes, que, além de sentenciá-lo à morte por traição à Corte Portuguesa, proibiu seus filhos e netos de receberem sua herança.¹⁷

Num segundo aspecto, que se relaciona aos efeitos reflexos da pena, o princípio determina que a sanção deve evitar, *tanto quanto possível*, prejudicar terceiros. Neste sentido, temos um mandamento *relativo*, pois, em muitos casos, é impossível que a condenação não afete os entes ligados ao sentenciado. Como leciona José Frederico Marques, o reflexo da condenação em pessoas da família do detento constitui inconveniente que nem sempre se pode evitar, a não ser que se pretenda o mal, ainda maior, da impunidade a semear pelas famílias das vítimas idênticas consequências.¹⁸ Dentre esses efeitos reflexos, pode-se destacar: a perda de rendimentos auferidos pelo condenado; o preconceito e a discriminação sofridos por seus familiares, podendo até mesmo acarretar perda de emprego; o transtorno para visitar os reclusos, que muitas vezes significa aguardar várias horas na fila durante a madrugada, além do constrangimento da revista íntima; a privação do convívio com os reclusos; etc.

morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Vila Rica, onde em o lugar mais publico dela, será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma; e o seu corpo será dividido em quatro quartos e pregado em postes, pelo caminho de Minas, no sítio da Varginha e das Cebolas, onde o réu teve suas infames práticas, e os mais, nos sítios de maiores povoações, até que o tempo também os consuma; Declaram o réu infame, e seus filhos e netos, tendo os seus bens aplicados para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Vila Rica, será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique, e no mesmo chão se erguerá um padrão, pelo qual se conserve a memória desse abominável réu”. (Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, Autos do crime, 1795, p. 59-75, Biblioteca Nacional). Outro exemplo é trazido por Giulio Battaglini: “Na [extinta] U.R.S.S. – pela ordenação de 8 de junho de 1934, do Comitê Executivo Central – é punido com o fuzilamento o cidadão que comete ações lesivas ao poder militar do Estado dos operários e camponeses, à independência do Estado e à intangibilidade do território (espionagem, revelação dos segredos militares ou do Estado, fuga para o estrangeiro etc.); é punido com desterro por cinco anos todo membro maior da família do traidor, que convivesse com ele ou dele dependesse na ocasião de ter sido cometido o delito, ainda que ignorasse o propósito criminoso do seu parente”. (BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*: parte geral. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 2, p. 628 – nota 46.)

18 MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1956, v. 3, p. 117.

16 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 232.

17 Conforme se observa no trecho da sentença proferida em 19 de abril de 1872: “Pelo abominável intento de conduzir os povos da capitania de Minas a uma rebelião, os juízes deste tribunal condenam ao réu Joaquim José da Silva Xavier, por alcunha o Tiradentes, alferes que foi da tropa paga da capitania de Minas, a que com barão e pregão, seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da força e nela

Vale ressaltar, embora não seja o tema do presente trabalho, que, entendido o princípio desta forma, torna-se desarrazoada a alegação de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica ofende o princípio da personalidade da pena. Alguns afirmam que, condenando-se a pessoa jurídica, seriam prejudicados os seus sócios e funcionários. Entendemos que este é um argumento dos mais frágeis, uma vez que em toda condenação há terceiros prejudicados. Se esse raciocínio fosse mesmo válido, poderia ser utilizado, por exemplo, para obstar a aplicação de penas pecuniárias a pessoas físicas, que também atingem terceiros economicamente.¹⁹

3. Personalidade da pena na execução penal

3.1. Noções gerais

Conforme visto, a aplicação da sanção penal repercute negativamente sobre pessoas ligadas ao condenado. Note-se que os efeitos reflexos da pena ocorrem principalmente durante sua execução, e se verificam especialmente na pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado.

A seguir, serão analisadas as implicações pertinentes ao princípio da personalidade da pena na execução da pena privativa de liberdade, da restritiva de direitos e da multa, bem como os mecanismos legais criados pela atenuar os danos sofridos por terceiros.

3.2. Pena privativa de liberdade

3.2.1. Pesquisa de campo

Com o objetivo de comprovar e verificar em que medida a condenação prejudica ter-

ceiros, realizamos um estudo com familiares de detentos. As pessoas concordaram voluntariamente em participar desse trabalho após terem sido devidamente esclarecidas. Fizemos parte da pesquisa mulheres que se encontravam na fila para visita dos detentos no Presídio Desembargador Adriano Marrey, em Guarulhos - São Paulo. O estudo consistiu na aplicação de um questionário contendo 9 perguntas, sendo 8 de múltipla escolha e 1 questão aberta.²⁰ O trabalho foi realizado em março de 2009 e teve a participação de 52 pessoas, de média etária de 26 anos (idade mínima de 16 anos e máxima de 44 anos). Destas, 49 eram esposas/companheiras, 2 eram mães e 1 era irmã do detento.

Um dos aspectos investigados foi o preconceito que os familiares sofrem com a condenação (figura 1).

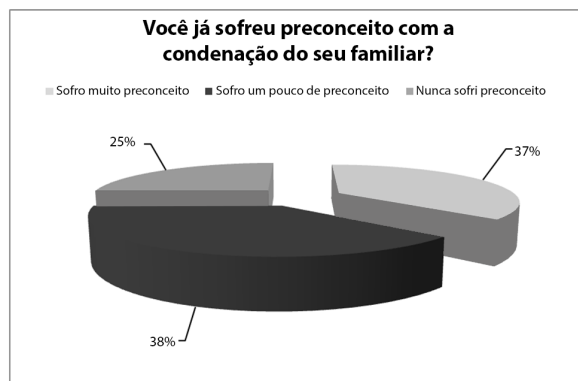


Figura 1. Figura demonstrativa do percentual de pessoas que afirmou ou negou ter sofrido preconceito com a condenação do familiar.

Das pessoas que disseram ter sofrido preconceito, 6 afirmaram que o mesmo consistiu na perda do emprego, que ocorreu quando os superiores tomaram conhecimento de que o familiar havia sido preso.

As participantes também foram indagadas sobre eventual mudança na situação financeira do lar, após a prisão. Das 52 pessoas questionadas, 46 (88%) afirmaram que preso contribuía financeiramente para o lar,

¹⁹ Sobre o assunto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “[...] X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado...’, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva”. (STJ, REsp 610.114/RN, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp. j. 17/11/2005, DJ 19/12/2005, p. 463.)

²⁰ Checar questionário no apêndice.

e apenas 6 (12%) disseram que não. Quando questionadas sobre o auxílio-reclusão, 47 (90%) afirmaram que não o recebem, e 5 (10%) que recebem. Consequentemente, um número considerável de pessoas afirmou que a situação financeira do lar piorou após a prisão (figura 2).

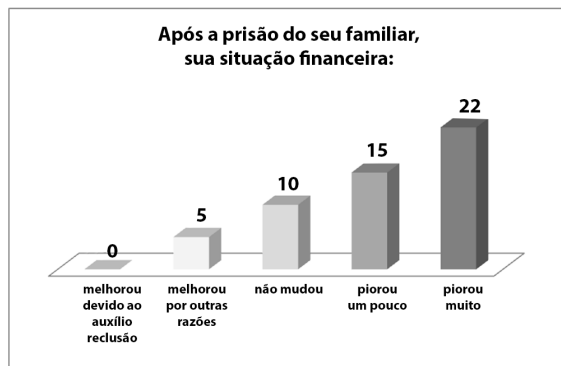


Figura 2. Figura demonstrativa da mudança na situação financeira após a prisão do familiar.

Perguntou-se também sobre o constrangimento sofrido durante a revista íntima, que é realizada antes da visita aos detentos (figura 3).

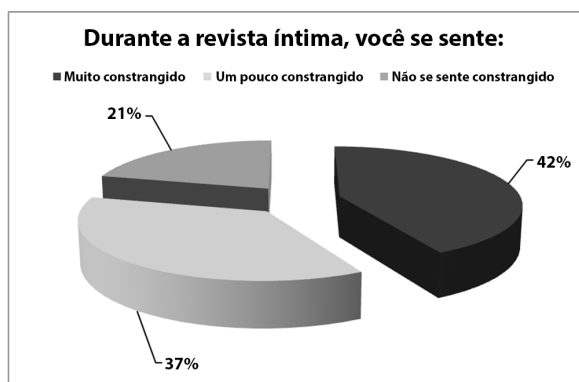


Figura 3. Figura demonstrativa do percentual de pessoas que afirmou ou negou se sentir constrangida com a revista íntima.

Na pesquisa, as entrevistadas também foram questionadas sobre o relacionamento afetivo com o detento, após a prisão (figura 4).

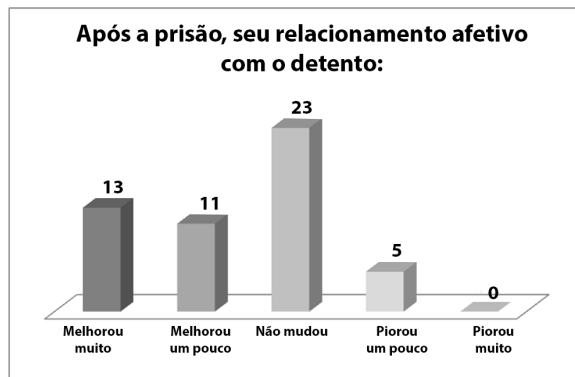


Figura 4. Figura demonstrativa da melhora ou piora do relacionamento afetivo com o detento após a prisão.

Por fim, foi perguntado o quanto os familiares se sentem afetados pelo fato de o detento estar cumprindo pena. 39 (75%) afirmaram que se sentem muito afetados, 11 (21%) disseram que se sentem um pouco afetados e 2 (4%) afirmaram que não se sentem afetados.

3.2.2. Considerações

A pesquisa de campo comprovou que, de fato, a condenação repercute sobre os familiares dos detentos de várias formas. Uma delas é a deterioração da situação financeira, verificada na ampla maioria dos lares.

O auxílio-reclusão visa atenuar os efeitos econômicos que a condenação acarreta a terceiros, sendo devido para os dependentes dos segurados de baixa renda (art. 201, IV, da CF).²¹ Não obstante a existência do benefício,

²¹ Desde 1º de fevereiro de 2009, o benefício passou a ser devido aos dependentes do segurado cujo salário-de-contribuição fosse à época igual ou inferior a R\$ 752,12. Após a concessão do auxílio-reclusão, é preciso que os dependentes apresentem à Previdência Social, de três em três meses, atestado de que o trabalhador continua preso, emitido por autoridade competente. O auxílio-reclusão deixa de ser pago: com a morte do segurado e, nesse caso, o auxílio-reclusão é convertido em pensão por morte; em caso de fuga, liberdade condicional, transferência para prisão albergue ou extinção da pena; quando o dependente completa 21 anos ou for emancipado e com o fim da invalidez ou morte do dependente. Atualmente, o valor do auxílio-reclusão corresponde à média dos 80% melhores salários a partir de 1994, desde que o último salário não ultrapasse R\$ 1.292,43. O Supremo Tribunal Federal, no dia 25 de março de 2009, decidiu que é a renda do preso

com a prisão, muitas famílias ficam desamparadas economicamente. Veja-se que, na grande maioria dos casos analisados, os reclusos contribuíam financeiramente para o lar, quando em liberdade. Todavia, em 90% das famílias, tal perda econômica não foi atenuada pelo recebimento do auxílio-reclusão. Por conseguinte, boa parte das entrevistadas afirmou que a situação financeira piorou com a prisão do familiar. Os dados causam ainda mais preocupação quando confrontados com o fato de que 6 pessoas alegaram espontaneamente, na única questão aberta do questionário, que perderam o próprio emprego quando seus superiores souberam da prisão do marido/companheiro.

Aliás, o preconceito e a discriminação sofridos pelos familiares dos detentos também ficaram nitidamente demonstrados na pesquisa. As entrevistadas mencionaram, além da perda do emprego, isolamento social, preconceito quando são vistas levando sacolas com mantimentos nos dias de visita, preconceito na delegacia e no fórum, etc.

Outra transcendência da pena, mencionada por Eugenio Raúl Zaffaroni [*et. al.*], está no vexame da revista imposta às visitas dos presos, a pretexto de segurança.²² Tal assertiva ficou evidenciada na pesquisa de campo, já que um número considerável de entrevistadas afirmou se sentir constrangida com a revista íntima. Cremos que uma alternativa ao problema seria proceder-se à revista não nos familiares, mas nos próprios detentos, antes e depois da visita.²³

que deve servir de base para a concessão do benefício, e não de seus dependentes. Sobre o tema, *vide* Informativo 540 do STF.

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 232.

23 Segundo a Secretaria da Administração Penitenciária, esta medida será implementada nas oito penitenciárias femininas que serão construídas em São Paulo a partir de 2009. Disponível em <<http://www.sap.sp.gov.br/common/noticias/0400-0499/not417.html>>. Acesso em: 28 mar. 2009.

Ainda no tocante aos efeitos reflexos da condenação, parece-nos importante destacar a importância da visita íntima. Como assevera Cezar Roberto Bitencourt, a abstinência sexual por longos períodos, especialmente quando imposta contra a vontade, favorece condutas inadequadas e contribui para o desequilíbrio do indivíduo, podendo chegar ao ponto de transformá-lo em um psicopata.²⁴ Note-se que a visita íntima, embora muito importante para o preso, também é benéfica para as esposas/companheiras, reforçando o vínculo afetivo do casal.²⁵

Sobre este ponto, é interessante notar que a maioria dos familiares entrevistados afirmou que a relação afetiva com o detento melhorou após a prisão. Os resultados colocam em xeque a alegação de que a prisão prejudica ou até mesmo destrói os laços afetivos entre os presos e seus familiares, merecendo o tema estudo mais aprofundado.

Vale, por fim, apontar outros dispositivos que podem atenuar os efeitos reflexos da condenação: serviço de assistência social, incumbido de orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima (art. 23, VII, da LEP); parte do produto da remuneração pelo trabalho do preso deve atender à assistência da família (art. 29, 1º, b, da LEP); visita do cônjuge, da companheira,

24 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 142-210.

25 A Resolução nº 01, de 30 de março de 1999, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, já recomendava aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que assegurassem o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais. Essa Resolução foi substituída pela atual Resolução nº 04, de 29 de junho de 2011, no mesmo sentido. O artigo 2º da Resolução assegura o direito também aos presos casados entre si, em união estável ou em relação homoafetiva e prevê que a visita íntima deve ocorrer pelo menos uma vez por mês (art. 3º). Segundo o artigo 4º, a visita íntima não deve ser proibida ou suspensa a título de sanção disciplinar, excetuados os casos em que a infração disciplinar estiver relacionada com o seu exercício. Não obstante a Resolução mencionar homens e mulheres, em São Paulo, a visita íntima para mulheres só foi regulamentada em 27 de dezembro de 2001, por meio da Resolução nº 96 da Secretaria da Administração Penitenciária.

de parentes e amigos (art. 41, X, da LEP); previsão de que a penitenciária feminina seja dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa (art. 89 da LEP); direito das presidiárias de permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L, da CF); construção de penitenciárias em local afastado do centro urbano, mas à distância que não restrinja a visitação (art. 90 da LEP); cadeia pública, destinada ao recolhimento de presos provisórios, em local próximo ao seu meio social e familiar (art. 103 da LEP).

3.3. Pena restritiva de direitos

3.3.1. Noções gerais

As penas restritivas de direitos, em regra, propiciam especial respeito ao princípio da personalidade da pena. Por não privarem o sentenciado do convívio familiar e por não impedirem, na grande maioria dos casos, que ele continue a exercer sua atividade laborativa, mesmo os efeitos indiretos da condenação são muito menores que aqueles envolvendo a pena privativa de liberdade.

É bem verdade que alguns efeitos indiretos podem remanescer, como a estigmatização dos familiares, a restrição temporária do convívio com o condenado que presta serviços à comunidade, a repercussão financeira sobre o lar oriunda da condenação do agente à perda de bens e valores ou prestação pecuniária, etc. Note-se, todavia, que as consequências são muito menos danosas que as da prisão.

3.3.2. Interdição temporária de direitos (art. 47 do CP)

Merecem crítica as modalidades de interdição de direitos consistentes na proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (art. 47, I, do CP), e a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (art. 47, II, do CP). Sobre o tema, pondera Guilherme de Souza Nucci:

Não vemos sentido em privar, como medida reeducativa e ressocializadora, alguém do seu trabalho. O que o Estado se propõe a dar em seu lugar? Sustentá-lo durante o período de cumprimento da pena? Se algum profissional ou ocupante de cargo ou ofício público andou muito mal no desempenho de sua função, o mais indicado a fazer é proibi-lo definitivamente de continuar a atividade, aliás, como já se pode fazer no tocante a cargos, ofícios e mandatos eletivos em certos casos (art. 92, I, CP), como efeito da condenação. No mais, se o erro durante o exercício profissional ou funcional ocorreu, embora sem gravidade exagerada, melhor seria a aplicação de uma pena alternativa de obrigação de frequência a curso de reciclagem – somente para argumentar, pois essa modalidade de pena alternativa não existe – do que simplesmente proibir-lhe o trabalho honesto.²⁶

Tais penas, além de inaptas a atingir qualquer objetivo ressocializador – afinal, o que de bom se pode esperar do indivíduo sem trabalho, sem dinheiro e com tempo ocioso? – podem afetar terrivelmente seus familiares, privando-os de seu sustento.

Nesta linha de raciocínio, parece-nos duvidosa a constitucionalidade destas sanções, pois elas castigam os dependentes do condenado com muito mais intensidade do que seria razoável admitir, ainda mais em se tratando de penas alternativas. Se comparadas com outras penas restritivas de direitos, como a prestação de serviços à comunidade, torna-se evidente que o prejuízo que as referidas interdições causam a terceiros é desproporcional.

Imaginemos a hipótese, nada incomum, em que o indivíduo apenado é quem sustenta o lar. Suponhamos também que ele tenha filhos menores de 14 anos, que são,

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 361.

portanto, impedidos legalmente de trabalhar. Em casos como esse, precisará o sentenciado encontrar outra atividade que assegure não apenas a sua sobrevivência, mas também a de seus familiares, algo que pode ser bastante difícil na prática. Ora, um médico impedido de atuar em sua área, por exemplo, fará o quê? Trabalhará como pintor ou talvez engraxate? Veja-se que, não encontrando outra ocupação, tanto o apenado quanto sua família poderão ficar reduzidos à situação de mendicância. A hipótese revela-se ainda mais absurda quando se lembra que os dependentes, em nenhum caso, farão jus ao recebimento de auxílio-reclusão, pois tal benefício só é devido em caso de *prisão* do segurado.

Infere-se que as interdições previstas nos incisos I e II do artigo 47 do Código Penal, embora abstratamente se dirijam apenas ao autor da infração, na prática, ao contrário, prejudicam tanto o condenado quanto seus dependentes, que sofrerão suas consequências quase com a mesma intensidade. O caso em tela representa, portanto, ofensa ao princípio constitucional da personalidade da pena.

3.3.3. Perda de bens e perdimento de bens

Estabelece a Constituição que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (art. 5º, XLV). Em seguida, determinada que a lei adotará a pena de “perda de bens” (art. 5º, XLVI, b).

A redação vaga desses dispositivos dá margem a vários tipos de interpretação, surgindo grande controvérsia doutrinária. A polêmica reside, em essência, na identificação do que venha a ser “perdimento de bens” e “perda de bens”.

Uma primeira corrente entende que há perfeita coincidência entre *perdimento de bens* (inciso XLV) e *perda de bens* (inciso XLVI, b), referindo-se, ambos os dispositivos,

ao efeito da condenação consistente na perda, em favor da União, dos instrumentos do crime, bem como de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91, II, do CP).²⁷ Sendo efeito da condenação, e não pena, e atingindo o patrimônio ilícito, não constitui ofensa ao princípio da responsabilidade pessoal a possibilidade de ser estendido aos sucessores do agente e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Em sentido diverso, há quem entenda que, embora coincidentes os dispositivos, referem-se não aos instrumentos do crime ou bens que constituam proveito obtido com a prática do fato criminoso, mas àqueles bens adquiridos em função de danos causados ao erário ou em decorrência de enriquecimento ilícito, gerado pelo exercício de cargo, função ou emprego, na Administração direta ou indireta. Guardariam correspondência, assim, com a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.²⁸

Para uma terceira corrente, defendida por Luiz Flávio Gomes, *perda de bens* é uma denominação genérica e abrange toda e qualquer transferência de bens particulares para o Estado, seja em decorrência de ato ilícito, seja em consequência do confisco (artigo 91 do CP), seja como pena restritiva de direitos na modalidade perda de bens (arts. 43, II, e 45, § 3º).²⁹

Existe, ainda, o entendimento de que o *perdimento de bens* refere-se ao efeito ex-

27 É a posição sustentada por: QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 371. SZNICK, Valdir. *Direito penal na nova constituição: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento*. São Paulo: Ícone, 1993, p. 187.

28 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, v. 1, p. 507-508.

29 GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2, p. 804-805.

trapenal genérico da condenação, disciplinado pelo artigo 91, II, *b*, do Código Penal, enquanto a *perda de bens* diz respeito à sanção instituída pelos artigos 43, II e 45, § 3º, do Código Penal.³⁰

Há, por fim, um quinto raciocínio possível – e que nos parece mais acertado –, no sentido de que o *perdimento de bens* e a *perda de bens* são institutos diversos. Fazendo-se uma interpretação histórica, é possível afirmar que o *perdimento de bens* refere-se àqueles bens adquiridos em função de danos causados ao erário ou em decorrência de enriquecimento ilícito, gerado pelo exercício de cargo, função ou emprego, na Administração direta ou indireta. É que o instituto sempre teve este significado: a Constituição de 1946 previa que a lei “disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica” (art. 141, § 31); nos mesmos moldes, dispunha a redação originária da Carta de 1967 que “a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública” (redação primitiva do art. 150, § 11); por fim, a Emenda nº 1 de 1969 alterou a redação do dispositivo, passando a dizer que a lei disporá “sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta” (art. 153, § 11).

Quanto à *perda de bens* (inciso XLVI, *b*), não há razão plausível para concluir que se trata do mesmo instituto que o *perdimento de bens* (inciso XLV). O inciso XLVI trata da pena, e enumera espécies de pena. Logo, não faz sentido presumir, como quer a primeira corrente, que o dispositivo esteja se referindo ao artigo 91, II, do Código Penal, cuja nature-

za é diversa, qual seja, a de efeito da condenação. Também as sanções por improbidade administrativa, segundo entendimento majoritário, não têm caráter predominantemente penal, mas civil.³¹ Isto se pode depreender da própria redação do artigo 37, § 4º, da CF.³² Por fim, a terceira corrente não merece guarida, pois, se o *perdimento de bens* – que pode ser estendido aos sucessores – abrange a pena de *perda de bens* (arts. 43, II e 45, § 3º, do CP), tem-se de chegar à desarrazoada conclusão de que houve violação intencional, por parte da Constituição, ao secular princípio da personalidade da pena, segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do condenado – postulado este que, vale consignar, foi consagrado em todas as Constituições brasileiras, desde a Constituição de 1891 até a atual.

Outro argumento, trazido por Alceu Corrêa Junior e Sérgio Salomão Shecaira, é o de que seria desnecessário o legislador constituinte ter tratado da sanção no inciso XLVI, caso fosse a mesma do inciso XLV, a menos que se admita “que houve um grande equívoco na redação do texto, não sendo utilizados os mecanismos corretos da técnica jurídica indispensáveis a um texto legal, máxime em se tratando da lei maior de um país”.³³ Os dois conceitos, afirmam, não se complementam e possuem natureza jurídica completamente diversa, implicando consequências diferentes no mundo jurídico-social. O *perdimento de bens* visa a devolução aos cofres públicos de quantias subtraídas ao erário, ou em decorrência de enriquecimento ilícito resultante de cargo, função ou emprego na Administração pública direta ou indireta.³⁴ Não sendo pena,

30 DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. Perda de bens e multa substitutiva. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 85, p. 10, dez. 1999.

31 STJ, HC 50.545/AL, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 15/08/2006, DJ 04/09/2006.

32 “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, *sem prejuízo da ação penal cabível*”. [destaque nosso]

33 CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 67-77.

34 Nessa esteira, vale consignar a lição de Celso Bastos e Ives

mas figura acessória, pode passar da pessoa do delinquente. Já a *perda de bens* diz respeito ao confisco do patrimônio lícito do condenado e identifica-se com o a pena restritiva de direitos estabelecida nos artigos 43, II e 45, § 3º, do Código Penal. Tanto isto é verdade, segundo eles, que a Constituição cidadã, ao contrário das anteriores, não fez menção expressa à vedação ao confisco.³⁵

Além disso, a própria Exposição de Motivos da Lei nº 9.714/1998 informa que a perda de bens e valores dá consequência ao disposto no artigo 5º, XLVI, *b*, da Constituição Federal, e que esta pena não se confunde com as modalidades já inscritas no artigo 91 do Código Penal.

3.4. Pena de multa

Leciona Eugenio Cuello Calón que a multa tem a cada dia maior número de partidários, sendo espécie de sanção que apresenta diversas vantagens: sempre é aflictiva, sempre causa sofrimento; adapta-se como nenhuma outra sanção à situação econômica do condenado; não degrada nem desonra a sua família; não é um obstáculo à sua reabilitação social; o condenado não se afasta de seus entes, nem perde seu emprego ou clientela; é também recomendável do ponto de vista econômico, pois constitui fonte de receita para o Estado e não lhe acarreta despesas, como ocorre com a pena de prisão. Segundo o autor, a única objeção que se pode apresentar em relação à multa é a aparente desigualdade que gera, posto que a multa irrisória para o rico pode arruinar a vida do pobre. Contudo,



afirma, certa desigualdade há em todas as penas, podendo ser evitada, em grande parte, impondo-se a multa em proporção à situação econômica do condenado.³⁶

No Brasil, estabelecia o artigo 51 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 7.209/1984, que a “multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução”. O dispositivo foi alterado pela Lei nº 9.268/1996, que passou a dispor: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

Em vista disso surgiu divergência, pois alguns passaram a considerar que a multa, enquanto dívida de valor, deve ser executada pela Fazenda Pública, na Vara das Execuções Fiscais. Em sentido contrário, entendemos que o objetivo da Lei foi apenas evitar a conversão da multa em prisão, como bem observa o Desembargador Eli Lucas de Mendonça em acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Embora controvertida a matéria, tenho para mim que as modificações produzidas pela Lei 9.268/96 na parte geral do CP, especificamente no art. 51, objetivavam apenas impedir a conversão

Gandra da Silva Martins: “[...] não se faz referência a que os danos tenham sido causados ao erário público. Isso entretanto quer-nos parecer que está ínsito na própria natureza do instituto, cuja tradição está toda ela vinculada à proteção do erário público. É certo que as pessoas jurídicas protegidas por esse instituto devem ser as mais abrangentes admitidas em nosso sistema constitucional.” (BAS-TOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2, p. 254.)

35 CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e Constituição*: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 67-77.

36 CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*. 11. ed. Barcelona: Bosch, 1953, t. 1, p. 805.

da pena de caráter pecuniário em prisão (sem qualquer intenção de retirar a natureza penal da multa ou de afastar a atribuição do Ministério Público e a competência das varas de execução), e adotar um novo rito procedimental, o da Lei de Execuções Fiscais, a fim de possibilitar célere e efetiva cobrança da pena imposta. [...] A multa criminal passou a ser dívida de valor (de natureza penal) e não tributária, continuando limitada pelo princípio da personalidade da pena. [...] Houvesse o legislador pretendido fazer qualquer modificação sobre a execução da pena de multa, teria feito referência expressa, porém, está patente que quis deixar vigentes os dispositivos da Lei 7.210/84 relativos à matéria.³⁷

Na mesma esteira de entendimento é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

A meta pretendida era evitar a conversão da multa em prisão, o que anteriormente era possível. Não se deve, com isso, imaginar que a pena de multa transfigurou-se ao ponto de perder a sua identidade, ou seja, tem por natureza jurídica ser uma sanção penal, e não civil. Tanto assim que, havendo morte do agente, não se estende a cobrança da multa aos seus herdeiros, respeitado o disposto na Constituição Federal de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5º, XLV).³⁸

É indubitável que a aplicação da multa não pode passar da pessoa do delinquente. A pena, conforme magistério de Giulio Battaglini, “não pode ser cumprida por representação, nem são admissíveis, em direito penal, fatos que modificam a relação jurídica quanto ao sujeito – cf., ao invés, em matéria civil, o

endosso, a sucessão etc.”.³⁹ Portanto, falecendo o infrator, a multa em nenhuma hipótese poderá atingir seus sucessores, sob pena de violação ao princípio da personalidade da pena e à própria Constituição Federal.

4. Conclusão

O princípio da personalidade da pena representa uma conquista do direito penal e é uma das bases de um Estado Democrático de Direito. Impede, em caráter absoluto, que a pena dirija-se abstratamente a quem não concorreu para o crime. Neste sentido, o princípio destina-se principalmente ao legislador.

Uma vez aplicada, a sanção penal quase sempre trará efeitos reflexos, que são inevitáveis e não maculam a licitude da sanção. Não fosse assim, a própria aplicação de penas ficaria impossibilitada. É preciso, portanto, aquiescer com a existência de tais efeitos, mas fazer o possível para atenuá-los, de modo a compatibilizar os interesses da sociedade com os do condenado e das pessoas ligadas a ele.

A simples existência de um processo criminal já pode afetar terceiros, fazendo com que sofram preconceitos e estigmatização. Todavia, os efeitos colaterais da pena manifestam-se sobretudo durante a execução da pena. E, dentre as sanções previstas, a prisão é a que mais duramente afeta terceiros.

No Brasil, há vários institutos visando atenuar o problema. Nesta esteira, a visita íntima, embora voltada principalmente ao preso, têm relevância ímpar para mitigar os efeitos que a condenação projeta sobre os cônjuges e companheiros dos detentos.

O auxílio-reclusão, em tese, tem grande importância para diminuir os efeitos econômicos da condenação em relação aos dependentes do preso. Todavia, em nossa

37 TJ/MG, AgEx n. 1.0000.07.460236-8/001, Quarta Câmara Criminal, Relator Desembargador Eli Lucas de Mendonça, j. 21/11/2007, DJ 16/01/2008.

38 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 321.

39 BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*: parte geral. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 2, p. 628

pesquisa de campo, comprovamos que muitas famílias ficam desamparadas financeiramente após a prisão. Isto ocorre, provavelmente, porque o valor do benefício é inferior aos rendimentos auferidos pelo condenado, quando em liberdade.

As penas restritivas de direitos e a multa permitem especial obediência ao princípio ora em análise, pois mesmo efeitos reflexos

da condenação são consideravelmente mitigados. As exceções são as interdições de direitos previstas no artigo 47, I e II, do Código Penal, que castigam duramente os dependentes do condenado e vulneram o princípio da personalidade da pena. Por esta razão, e também pelo fato de serem inaptas a promover a ressocialização do infrator, deveriam ser extintas.

5. Bibliografia

ANJOS, Fernando Vernice dos. Princípio limitadores da execução penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*: parte geral. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Manual de direito penal*: parte geral. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e Constituição*: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, v. 1.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*. 11. ed. Barcelona: Bosch, 1953, t. 1.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. Perda de bens e multa substitutiva. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 85, p. 10, dez. 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

JIMENÉZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. atual. Buenos Aires: Losada, 1992, v. 1.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Madrid: Reus, 1999, t. 1.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*.

2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1956, v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. Das penas: tempos primitivos e legislações antigas. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 3-32, jul./set. 1992.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

SZNICK, Valdir. *Direito penal na nova constituição*: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento. São Paulo: Ícone, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal* - parte general. Buenos Aires: Ediar, 1995.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

6. Apêndice - Questionário

Seu sexo: () feminino () masculino

Quantos anos você tem? _____

1. Vim visitar meu

() Amigo

() Familiar

Ele é meu: () irmã(o) () marido/esposa () filho () pai () tio () _____

2. Você já sofreu preconceito com a condenação do seu familiar/amigo?

() Sofri muito preconceito.

() Sofri um pouco de preconceito.

() Nunca sofri preconceito.

3. Se sofreu preconceito, no que consistiu? Cite uma situação.

4. Na revista íntima, você se sente:

() Muito constrangido.

() Um pouco constrangido.

() Não me sinto constrangido.

5. O detento, antes da prisão, contribuía financeiramente para o seu lar?

() Não

() Sim, ele trabalhava com _____

6. Após a prisão do seu familiar/amigo, sua situação financeira:

() Melhorou

() Não mudou

() Piorou

7. Você recebe auxílio-reclusão?

() Sim

() Não

8. Após a prisão, sua situação financeira:

- ☐ Melhorou devido ao auxílio-reclusão.
- ☐ Melhorou por outras razões.
- ☐ Não mudou.
- ☐ Piorou um pouco.
- ☐ Piorou muito.

9. Após a prisão, seu relacionamento afetivo com o detento:

- ☐ Melhorou muito.
- ☐ Melhorou um pouco.
- ☐ Não mudou.
- ☐ Piorou um pouco.
- ☐ Piorou muito.

10. O fato de o detento estar cumprido pena:

- ☐ Me afeta muito.
- ☐ Me afeta um pouco.
- ☐ Não me afeta.

Colisão de direitos fundamentais: sopesamento e ponderação pelo espectro da dignidade da pessoa humana



Guilherme Fraiha Granjo

Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Servidor Público do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.



Yun Ki Lee

Mestrando em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Vice-presidente Brasil e diretor mundial da Overseas Korean Traders Association (OKTA). Advogado Sócio da Lee, Brock, Camargo Advogados.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo reforçar que a solução de casos em concreto de colisão de direitos fundamentais pelo sopesamento e ponderação, consubstanciados na teoria dos princípios, opere-se também, e sempre, pelo espectro da dignidade da pessoa humana. Para tanto, a partir de um caso da vida real judicializado (“santos católicos sob figuras pop”), ousa-se discorrer sobre uma metodologia para o processo decisório, a contar com um teste final de compatibilidade e aderência à dignidade da pessoa humana, a fim de que as decisões a serem tomadas evitem ao máximo exaurir por completo o elemento nuclear de cada um desses direitos fundamentais envolvidos, que é justamente a dignidade da pessoa humana e a sua promoção a partir deles.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais, princípios, dignidade da pessoa humana, sopesamento e ponderação, teste de compatibilidade e aderência.

ABSTRACT: This paper aims to reinforce that solution about real cases involving collision of fundamental rights by balancing and weighing, grounded on theory of principles, performs also, and ever, under spectrum of human dignity. Therefore, from a real life case under the Court (“catholic saints under pop characters”), ventures on discussing a methodology for decision making process, counting with a final test of compatibility and adherence to human dignity, in order that decisions to be taken avoid at maximum exhausting for complete the nuclear part of each of those involved fundamental rights, which is precisely the human dignity and its promotion from them.

KEYWORDS: fundamental rights, principles, human dignity, balancing and weighing, test of compatibility and adherence.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Ponto de partida: caso “santos católicos sob figuras pop” – 3. Apoio na doutrina: direitos fundamentais, seu sentido e alcance – 4. O caminho da teoria dos princípios para solução de colisão de direitos fundamentais em concreto – 5. Compatibilidade e aderência do resultado do sopesamento e ponderação à dignidade da pessoa humana – 6. Metodologia para solução em concreto de colisão de direitos fundamentais: sopesamento e ponderação pelo espectro da dignidade da pessoa humana – 7. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Ainda que de forma não tão perceptível, o exercício cotidiano dos nossos direitos se concretiza por meio de choques. Quando um quer exercer o seu direito ao descanso, demanda-se o respeito de outros. Da mesma forma, quando um quer exercer o seu direito ao lazer, demanda-se a tolerância de outros. Em realidade, a enumeração dos casos a envolver colisão de direitos poderia seguir indefinidamente e incluir infindáveis situações. O que importa ressaltar, porém, é que, em casos extremos, esse confronto de direitos relativos aos múltiplos indivíduos ultrapassa os limites da conciliação e mediação e desemboca no Judiciário em busca de uma solução ponderada.

Os direitos fundamentais não são exceção ao contexto abordado. Muito pelo contrário: pode-se sustentar validamente que,

no âmbito do exercício das prerrogativas fundamentais, o atrito ocorre de maneira ainda mais intensa. Os casos a envolver colisão de direitos fundamentais são de evidente complexidade, pois todas estas prerrogativas encontram guarida constitucional e devem, em alguma medida, ser respeitadas. Nesse contexto, é plausível afirmar também que grande parte da dificuldade ínsita aos casos judiciais envolvendo direitos fundamentais em choque correlaciona-se à metodologia ligada ao processo de tomada de decisão.

É bem verdade que o tema tem recebido o contributo de diversos teóricos, tanto nacionais quanto estrangeiros, preocupados em subsidiar como os casos a envolver direitos fundamentais em choque devem ser processados. No entanto, mesmo diante das mais profundas teorias de direitos fundamentais e de princípios, ainda se ressentem de um expediente de maior praticidade que au-

xilie no enfrentamento de tais situações. Não por acaso, por vezes, procede-se ao sopesamento e ponderação sem maiores considerações à dignidade da pessoa humana. Noutros, limita-se simplesmente a lançar mão da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da nossa Carta Política de 1988, como fundamento único e exclusivo de uma decisão que carece de maiores detalhamentos quanto ao caminho percorrido, contribuindo-se para a deletéria banalização deste princípio-valor tão fundamental.

Não basta simplesmente presumir que a dignidade da pessoa humana é considerada em todo e qualquer momento do processo decisório a solucionar cada caso de colisão de direitos fundamentais. É preciso mais. Além de dominar as teorias dos direitos fundamentais, dos princípios e da dignidade da pessoa humana, é necessário destrinchar cada nuance dos fatos envolvidos e seguir uma metodologia de tomada de decisão concatenada e replicável, que seja focada para promover na máxima efetividade a dignidade da pessoa humana de todos indivíduos em disputa, e também da comunidade, de forma que a solução exteriorizada seja compreendida e respeitada.

Evitar soluções que, a pretexto de proteger um determinado direito fundamental de alguém, findem por inobservar pura e simplesmente outros tantos também fundamentais de outrem, desprovidas de justificativas prestantes para motivar tamanho sacrifício, é o que, pretensiosamente, se propõe no presente estudo, a partir dos elementos extraídos de um caso real da vida judicializado de considerável repercussão.

2. Ponto de partida: caso “santos católicos sob figuras pop”

O caso concreto aqui trazido para análise é um desses de colisão entre direitos fundamentais invocados ao extremo tanto por um quanto por outro lado envolvido. Passa-se



no Estado de Goiás, onde uma artesã se vale de moldes de gesso normalmente utilizados para a elaboração de imagens de santos vinculados à Igreja Católica Apostólica Romana para, a partir deles, confeccionar estatuetas misturando a forma de santos católicos com personagens célebres da cultura “pop”, gerando estatuetas que vão desde “Jesus Superman” a “Nossa Senhora das Graças Mulher Maravilha”.¹ A Arquidiocese de Goiânia tomou conhecimento da situação e propôs medida judicial, visando à imposição de obrigações de não fazer à artesã, consistentes, em suma, na paralisação de suas atividades com as imagens de santos católicos e na proibição de sua circulação e divulgação.²

Para que se possa melhor avaliar a so-

¹ Para melhor ilustração, dentre várias matérias jornalísticas circuladas à época, conferir: *Veto a estátuas de santos inspiradas na cultura pop divide opiniões em GO*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2016/06/veto-estatuas-de-santos-inspiradas-na-cultura-pop-divide-opinioes-em-go.html>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

² Estamos a nos referir à ação ordinária n. 95844-36.2016.8.09.0051 (201600958448), a tramitar perante a 9ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/GO. Para informações mais detalhadas, consultar em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-processual>>.

lução conferida pelo Judiciário à demanda e dela extrairmos elementos para o estudo proposto, é imprescindível desatrelar-se ao máximo possível dos sentimentos e ideologia envolvidos e buscar apoio na doutrina acerca do sentido e alcance jurídicos conferidos a direitos fundamentais e a sua relação com princípios.

3. Apoio na doutrina: direitos fundamentais, seu sentido e alcance

O caso “santos católicos sob figuras pop” envolve direitos fundamentais em choque. A pretensão da Arquidiocese de Goiânia em paralisar as atividades da artesã e vedar a circulação e divulgação dos santos católicos travestidos de personagens não ligados à fé cristã baseou-se, dentre outros direitos fundamentais, na liberdade de consciência e crença religiosa, insculpida no artigo 5º, VI, da Constituição Federal de 1988, que ademais assegura o livre exercício dos cultos religiosos e garante a proteção aos locais em que eles ocorrem, bem como às liturgias de todas as confissões religiosas, e a inviolabilidade da honra e da imagem de si própria e as de seus fiéis, referida no artigo 5º, X.

Por outro lado, a artesã também respalda sua atividade em diversos direitos fundamentais. Note-se que toda profissão está fundamentada, pelo menos a princípio, na autodeterminação e na livre iniciativa, cuja previsão no texto constitucional brasileiro parte do artigo 1º, IV. Já o artigo 5º, IV e IX, garante a todos a livre manifestação do pensamento e a livre expressão da atividade artística, independentemente de censura ou de licença, o que representaria mais um argumento favorável à intenção da artesã de prosseguir em seus trabalhos com as bases de gesso em questão. Some-se a disposição do artigo 5º, XIII, de acordo com o qual é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as devidas regulamentações infraconstitucionais. Registre-se,

por fim, o direito à subsistência, franqueado a todos, que pode restar prejudicado caso a artesã venha a ser impedida de trabalhar e garantir os recursos financeiros e materiais necessários a sua manutenção, fato que ainda poderia implicar sua submissão a um tratamento desumano ou degradante, repelida pelo artigo 5º, III.

Tratando-se de direitos fundamentais em rota de colisão, deve-se pressupor, então, como consectário lógico do raciocínio desenvolvido, que alguma conceituação de direitos fundamentais esteja sendo assumida. Indaga-se, pois, no que consiste esta categoria de prerrogativas jusfundamentais e quais elementos essenciais os separam de outras classes de direitos. Colocando o problema em outros termos, caberia questionar o que efetivamente autoriza qualificar ou adjetivar determinados direitos como fundamentais ou não.

Vidal Serrano Nunes Jr. pondera que “a adjetivação examinada tem a clara pretensão de expor a inerência de tais direitos à condição humana, ou seja, de alçá-los à condição de direitos elementares, que remetem à própria natureza do ser humano”.³

Por aí se percebe, com clareza, a proximidade que uma possível definição de direitos fundamentais apresenta em relação aos conceitos de direitos naturais da pessoa e de direitos humanos. Exsurge, também, deste cenário a necessidade imperiosa de se proceder à distinção terminológica entre as expressões em comento, para que se evite confusões futuras quanto ao preciso sentido e alcance de cada uma delas.

Para Ingo W. Sarlet, direitos naturais da pessoa estão associados àquelas prerrogativas inerentes ao gênero humano. Estes direitos são marcados por algumas característi-

3 Cf. NUNES JR., Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 – Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 14. (originalmente apresentada como tese de livre-docência na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

cas elementares, tais como a inviolabilidade, a intemporalidade e a universalidade, podendo-se afirmar, por conseguinte, que são válidos a todo tempo e em qualquer localidade, resguardando os indivíduos pelo mero fato de serem humanos.⁴ No desenvolvimento do processo histórico, estes direitos foram paulatinamente sendo incorporados tanto pelos ordenamentos jurídicos internos dos Estados quanto por tratados internacionais firmados entre os países.

Nesse sentido, aquelas prerrogativas naturais da pessoa que restaram incorporadas por instrumentos jurídicos de âmbito internacional podem ser classificadas de direitos humanos. Os direitos humanos têm por nota fundamental o fato de estarem ligados à própria condição e dignidade humanas, bem como de aspirarem a uma validade universal e atemporal.⁵ Por outro lado, aquelas prerrogativas naturais da pessoa que foram positivadas no ordenamento jurídico de um determinado Estado, em especial no seu texto constitucional, são denominadas de direitos fundamentais.

Por encontrarem previsão em âmbitos normativos distintos, os direitos fundamentais e os direitos humanos cumprem diferentes papéis dentro do sistema jurídico de proteção à pessoa humana e sua dignidade. Com efeito, os direitos fundamentais contribuem para a consagração de um modelo de Estado específico, atribuindo aos sujeitos prerrogativas que, muitas vezes, podem ser reivindicadas diretamente pela via judicial. Exsurge, assim, da mera previsão pela Constituição, um caráter mais nitidamente vinculante dos direitos fundamentais. Os direitos humanos, de seu turno, contribuem para a criação de um sistema transnacional ou supranacional de proteção à figura humana, deslocando a discussão sobre o assunto do contexto inter-

no para um cenário mais global, por considerar que a afronta a uma prerrogativa desta envergadura não diz respeito exclusivamente ao interesse de um Estado, mas sim ao conjunto deles.⁶

As diferenças entre direitos fundamentais e direitos humanos não se resumem aos documentos jurídicos que os hospedam e às diferentes funções exercidas dentro do sistema jurídico. Cumpre ressaltar, ainda, que nem sempre há identidade entre o elenco de direitos fundamentais e o rol de direitos humanos. Ingo W. Sarlet pontua que o texto constitucional brasileiro, por exemplo, apresenta um elenco muito mais extenso de prerrogativas jusfundamentais do que o rol de direitos humanos.⁷ Ao revés, é também possível imaginar uma Constituição que preveja um conjunto de direitos fundamentais englobando apenas uma parcela de direitos humanos.

Em que pese às distinções terminológicas mencionadas acima, há um ponto de convergência entre os conceitos de direitos naturais da pessoa, direitos humanos e direitos fundamentais: o de que todos eles – normas jusnaturalistas, internacionais e internas – nascem com o mesmo propósito de resguardar a dignidade da pessoa humana.

A partir destas considerações, cumpre apresentar a definição específica de direitos fundamentais que se adota. Os direitos fundamentais podem ser compreendidos, de maneira sucinta, enquanto aquelas prerrogativas previstas expressamente pela Constituição e que estão diretamente vocacionadas à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, em todas as suas múltiplas dimensões (liberdade, necessidade e preservação).

4 Cf. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 30.

5 *Ibidem*, p. 29-32.

6 Cf. NUNES JR., Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 – Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 23-24. (originalmente apresentada como tese de livre-docência na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

7 Cf. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 33.

4. O caminho da teoria dos princípios para solução de colisão de direitos fundamentais em concreto

Volvendo ao caso analisado, tem-se que o Judiciário pautou sua atuação pelo caminho da teoria dos princípios. Uma vez autuado e distribuído à 9ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/GO, em cognição sumária e não exauriente da questão, referido juízo consignou que a Constituição Federal prevê a existência de diversos princípios a tutelar tanto os direitos da artesã quanto os direitos da Arquidiocese de Goiânia, contidos no artigo 5º, IX (liberdade de expressão) e VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença religiosa). Pontuou, ainda, que os direitos e garantias fundamentais estão num mesmo patamar hierárquico, não sendo permitido falar-se em primazia de um sobre outro. A despeito da assertiva consignada em sua própria argumentação quanto à equivalência hierárquico-constitucional, o julgador entendeu que, em havendo um conflito entre direitos fundamentais, aqueles relativos à dignidade pessoal, à honra e à vida privada deveriam prevalecer. Assim, posicionando-se pela proteção da dignidade da Igreja Católica, determinou, dentre outras providências, que a artesã se abstinhasse de fabricar, vender, conceder, doar, permutar ou transmitir por qualquer modo as bases de gesso trabalhadas.⁸

Inconformada, a artesã interpôs agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJ/GO) que, também numa análise perfunctória, considerou que a decisão *a quo* continha “potencial de cerceamen-

to do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento”, bem como que “a confecção e venda das imagens consubstanciam fonte de renda da parte agravada”. Ainda assim, deferiu apenas parcialmente o pedido de efeito suspensivo para afastar, ao menos temporariamente, a proibição de fabricação, venda, concessão, doação, permuta ou transmissão a terceiros das imagens produzidas pela artesã.⁹

O teor das decisões proferidas pelo Judiciário torna evidente a estreita conexão entre direitos fundamentais e princípios, o que levanta a questão sobre o que são princípios e por que motivo o estudo da teoria que os cerca é tão primordial na solução de casos a envolver direitos fundamentais em choque.

A diferenciação entre princípios e as demais regras a compor o ordenamento jurídico é tema enfrentado por diversos juristas ao longo do tempo, os quais, não raras vezes, recorrem a distintos critérios para apontar o que se entende por uma ou outra categoria de normas. Sustenta-se, por exemplo, que os princípios se caracterizariam pela sua maior *generalidade*, ao passo que as regras teriam por traço marcante a sua concretude. Por conseguinte, os princípios necessitariam de uma mediação intermediadora da legislação ordinária para que regulassem uma situação fática. Outro critério para se identificar princípios seria o que toma em conta a sua *fundamentalidade*. Assim, princípios representariam normas de natureza estrutural para o sistema jurídico, ou seja, mandamentos que permitiriam a compreensão unitária e racional do direito, enquanto que as regras teriam

8 Na mesma decisão, restou também determinado que a artesã (i) se abstinhasse de se valer do conteúdo ora discutido como meio de propaganda e/ou projeção; (ii) excluísse da internet, principalmente das redes sociais, toda e qualquer imagem que tivesse como base a figura de santos católicos; (iii) retirasse da loja “Endossa”, em Brasília, as estatuetas estilizadas em bases de gesso, impedindo o repasse a terceiros das peças fabricadas pela artesã; e (iv) excluísse do Facebook e do Instagram o perfil social intitulado “santa blasfêmia”. O descumprimento das medidas impostas pelo juízo importaria o pagamento de multa diária fixada na importância de R\$ 50.000,00.

9 Estamos a nos referir ao Agravo de Instrumento n. 258333-76.2016.8.09.0000 (201692583336). Diante da ausência do Relator Desembargador Norival Santomé, o prolator da decisão em comento foi o Dr. Wilson Safatle Faia, juiz de direito substituto em 2º Grau. Ressalte-se que também restou afastada a proibição de venda das peças pela Loja “Endossa” a terceiros e a redução da multa diária fixada inicialmente em R\$ 50.000,00 para R\$ 8.000,00. No mais, todas as outras imposições colocadas pela primeira instância foram mantidas no segundo grau de jurisdição. Para informações mais detalhadas, consultar em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>.

uma relevância menos conectada a questões sistêmicas.¹⁰

Os critérios apontados até aqui, no entanto, não são vistos como os mais preponderantes pela corrente teoria dos princípios. Em verdade, a diferenciação que atualmente se promove entre princípios e regras não se foca primordialmente no grau ou na intensidade de características comuns às duas categorias em apreço, mas sim à perspectiva estrutural ou qualitativa deles. Sucede, então, que princípios são uma coisa, e regras são outra, embora ambas as categorias se enquadrem no gênero maior referente às normas jurídicas, isto é, ambas são tomadas como disposições de caráter deontológico (prescritivo de condutas).¹¹

Princípios são normas que trazem consigo uma referência direta aos valores fundamentais,¹² que se transmutam para o universo jurídico usualmente via princípios, constituindo-se na expressão primeira de tais

valores superiores firmados pela sociedade e que formam a essência de um sistema constitucional. Em termos funcionais, princípios traduzem-se em comandos de realização no modo gradual da melhor forma possível, considerando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e não no modo absoluto de tudo ou nada. Já as regras são normas que, uma vez verificadas as hipóteses de incidência, demandam uma linha específica de conduta nas circunstâncias nelas especificadas, de forma que, em termos funcionais, as regras traduzem-se em comandos de obrigação, proibição ou permissão no modo definitivo e absoluto de tudo ou nada.¹³

Não é, contudo, na conceituação que se atinge uma compreensão mais ampla, precisa e efetiva de princípios e regras, mas sim em sua diferenciação. Nesse sentido, é inescusável recorrer a Ronald Dworkin e Robert Alexy que, sustentando a natureza jurídica normativa “autêntica” tanto de um como de outra e que toda norma é um princípio ou uma regra, enfatizam que a distinção dessas espécies de norma reside na qualidade e não no grau.¹⁴ O primeiro, Ronald Dworkin,¹⁵ com base na natureza de orientação disposta e quanto à aplicabilidade, aos princípios atribui uma dimensão de peso/importância e às regras uma maneira *all-or-nothing*; e o segundo, Robert Alexy,¹⁶ aprofundando ainda mais os estudos, atribui aos princípios a dependência não só

10 Estes e outros critérios adotados pela doutrina para proceder à distinção entre princípios e regras, como os atinentes à “proximidade da ideia de justiça” e à “natureza normogênica dos princípios”, são arrolados por J.J. Gomes Canotilho. Nesse sentido, verificar: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1161.

11 O enquadramento dos princípios como normas jurídicas nem sempre foi admitido pela doutrina. Na vigência do positivismo, os princípios eram relegados a um papel meramente supletivo ou integrativo de lacunas. Vale dizer: apenas quando o quadro normativo não previsse uma solução expressa para a situação é que os princípios entravam em cena. Na era do pós-positivismo, o contexto foi totalmente reformado: os princípios quase que em sua totalidade foram incorporados pelos textos constitucionais e passaram a representar padrões axiológicos de interpretação e aplicação do direito. Daí porque atualmente não pairam maiores discussões de que princípios são normas jurídicas, tal como as regras jurídicas. Para maiores informações, verificar: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, 2003; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87 e 91; e CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160.

12 Nunca é demais lembrar a “cláusula de abertura interna e externa” disposta no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

13 Sobre princípios e regras, ver por todos: ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. 2. tir. (com acréscimos). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

14 Sobre a distinção de princípios e regras, na doutrina brasileira, conferir: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. Col. Henrique Garbellini Carnio. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148-156, e a posição distinta de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87-161; e, na doutrina portuguesa, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1162.

15 Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. 2. tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35-46.

16 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 85-120.

das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes, e às regras descarta essa dependência, pois já carregariam consigo tais possibilidades fáticas e jurídicas.

Pois é justamente na categoria jurídica de princípios que os direitos fundamentais melhor se enquadram, na medida em que consistem em mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Não se trata de simples regras porque não implicam meras condutas delineadas em comandos de obrigação, proibição ou permissão, no modo definitivo e absoluto de tudo ou nada. Não por acaso, soluções de situações concretas de colisão de direitos fundamentais fundam-se substancialmente na teoria de princípios.

Nesse esteio, para atribuir maior peso a um ou a outro direito fundamental que se chocam em concreto ou para proceder ao sopesamento e ponderação dos direitos fundamentais em colisões, tal como em princípios, recorre-se usualmente à “máxima da proporcionalidade”, derivada da Corte Constitucional Alemã em sua jurisprudência e abraçada e difundida pela doutrina alemã, para auxiliar na respectiva solução, cuja aplicação implica averiguar a *necessidade* do meio a ser empregado e a sua *adequação* para os fins visados, bem como observar a *proporcionalidade em sentido estrito*, a fim de que o meio eleito seja, além daquele mais suave, o mais vantajoso na promoção de certos valores a serem prestigiados, com o mínimo desrespeito a outros colidentes e desde que respeitados os respectivos elementos nucleares, vistos como mínimos.¹⁷

O elemento nuclear, mínimo, de um direito fundamental, cujo exaurimento deve ao máximo ser evitado num sopesamento e ponderação, é precisamente aquele que é co-

mum a todos direitos fundamentais, neles irradiando o seu valor supremo, que é a dignidade da pessoa humana, a seguir tratada.

5. Compatibilidade e aderência do resultado do sopesamento e ponderação à dignidade da pessoa humana

Não há dúvidas de que, no caso em estudo, tanto o juízo de primeiro grau quanto o de segundo procederam, mesmo que dentro dos limites de uma cognição não exaustiva da demanda, a um sopesamento e ponderação de direitos fundamentais colidentes. O juízo *a quo* entendeu que, dentro do quadro fático e jurídico colocado, os direitos à honra e à imagem da Igreja Católica deveriam prevalecer sobre os direitos à livre iniciativa, ao trabalho, à subsistência, à livre manifestação artística, dentre outros, a favorecer a artesã. O *ad quem*, por sua vez, conferiu um maior peso aos direitos fundamentais atinentes à livre expressão e manifestação do pensamento, bem como à subsistência, embora não tenha reformado integralmente a decisão recorrida. A questão que se coloca, em realidade, envereda por um espectro mais amplo: as decisões consideraram a dignidade da pessoa humana como fator relevante para as posições que assumiram ao final, ou se limitaram simplesmente a sopesar e ponderar os direitos fundamentais que estavam em jogo?

Anoção de dignidade remonta à tradição filosófica e política do período clássico.¹⁸ Sabe-se que as sociedades da Era Antiga eram

¹⁷ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. Col. Henrique Garbellini Carnio. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180.

¹⁸ O breve esboço histórico que se fará na sequência encontrou contribuição decisiva em BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 12-14; bem como em SARLET, Ingo W. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 121-122.



marcadas por uma profunda estratificação do corpo social. Nesse cenário, consideravam-se dignos (no sentido de honrados) aqueles indivíduos que ocupassem uma posição sociopolítica hierarquicamente prestigiada. A dignidade divorciou-se da noção hierárquica de sociedade a partir do pensamento estoico, que propugnava igual dignidade a todos os indivíduos, no que veio a ser decisivamente corroborada pelo Cristianismo.

A racionalização e a secularização decorrentes do Iluminismo permitiram o estudo da dignidade de forma dissociada dos valores religiosos, oportunidade em que o conceito centrou-se no homem e transmutou-se para dignidade humana. Durante o período em referência, sobreveio a conhecida concepção kantiana de dignidade, calcada no reconhecimento da autodeterminação do indivíduo e na consideração do homem enquanto um fim em si mesmo.

Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial e o reconhecimento de que as atrocidades cometidas no conflito armado deveriam ser evitadas a nível mundial, a dignidade humana passou a ser incorporada aos instrumentos jurídicos de proteção aos direitos humanos, e desse intercâmbio sobressaiu a dignidade da pessoa humana, isto é, um valor universal, válido a todo tempo, de acordo com o qual o indivíduo não pode ser tratado como um meio, um objeto ou uma coisa, mas sim como fim em si mesmo.

Atualmente, a doutrina constitucional brasileira dedica especial atenção à dignidade da pessoa humana. Ingo W. Sarlet a define como “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, e afirma que ela se manifesta concretamente por intermédio de um “complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”.¹⁹

Nas lições de Luís Roberto Barroso, observa-se que a dignidade da pessoa humana é identificada como um “valor intrínseco de todos os seres humanos”, por meio do qual se garante um espaço de autonomia a cada indivíduo. Esta autonomia individual, porém, é passível de “restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”. A conjugação do valor intrínseco, da autonomia e do valor comunitário caracteriza a dignidade da pessoa humana para Luís Roberto Barroso, mas não a exaure, pois esta também “exerce a função de um princípio interpretativo, particularmente na presença de lacunas, ambiguidades e colisões entre direitos – ou entre direitos e metas coletivas –, bem como no caso de desacordos morais”.²⁰

A dignidade da pessoa humana reveste-se, portanto, de uma dupla natureza jurídica, pois se apresenta tanto como um princípio jurídico quanto na forma de um valor jurídico.²¹ Na condição de valor, a dig-

19 Cf. SARLET, Ingo W. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70-71.

20 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 72-98.

21 Os termos “princípio” e “valor” são muitas vezes tomados como sinônimos por juristas brasileiros. Entretanto, podemos apontar, com esteio nas lições de Robert Alexy, as diferenças existentes entre as duas definições. Com

nidade da pessoa humana serve de justificação moral para todos os demais direitos fundamentais, imprimindo-lhes uma racionalidade, uma coerência, uma harmonia e um objetivo comum de tutelar os indivíduos em suas múltiplas dimensões. De outro giro, enquanto princípio, a dignidade da pessoa humana ganha em normatividade, embora, aqui, algumas considerações adicionais se façam necessárias.

A dignidade da pessoa humana compreende um princípio dotado de um elevado grau de abstração, pois não se sabe ao certo, com a simples menção a essa expressão, que deveres se imputam ao Poder Público e à comunidade e que direitos se garantem a cada um.²² No entanto, por ser um princípio, a dignidade da pessoa humana deve ser aplicada na maior extensão fática e juridicamente possível. Como, então, conciliar a exigência da aplicação mais ampla possível com a dúvi-

da sobre o que se deve realizar para atender este princípio?

A dignidade da pessoa humana é aplicada na fundamentação da escolha dos meios jurídicos necessários à sua concretização. As possibilidades jurídicas da dignidade da pessoa humana referem-se justamente aos direitos e garantias fundamentais, sejam os expressos, sejam aqueles recebidos por cláusulas constitucionais de abertura, como a constante do artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988, pois são essas prerrogativas jusfundamentais que dão maiores contornos à dignidade da pessoa humana, delimitando o seu conteúdo essencial. Quer isso dizer que os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que haurem o significado nuclear da dignidade da pessoa humana, contribuem decisivamente para a sua realização, na medida em que são dotados de concretude maior, isto é, de um grau mais intenso de realizabilidade.

Todo o cenário que aqui se expôs demonstra inequivocamente que o sopesamento e ponderação a serem realizados entre direitos fundamentais colidentes não pode ocorrer validamente sem qualquer remissão à dignidade da pessoa humana, mesmo porque todos direitos fundamentais, porquanto princípios, em maior ou menor medida, são irradiações do princípio-valor da dignidade da pessoa humana.

Nunca é demais, pois, mesmo que já procedidos o sopesamento e ponderação entre direitos fundamentais em choque ou ainda que utilizada qualquer outra forma de solução, que o resultado alcançado seja submetido a um “segundo juízo”, inclusive pelo aplicador originário, calcado na dignidade da pessoa humana, para que se evitem conclusões não consentâneas com este princípio-valor jurídico. A submissão do resultado à dignidade da pessoa humana pode ser visto como um “teste de compatibilidade” ou mesmo um “teste de aderência”, cujo expediente necessário à sua regular aplicação é o que se passa a cuidar.

efeito, o jurista alemão, recorrendo a divisão de conceitos práticos proposta por Von Wright, aduz que é possível cogitar-se de conceitos deontológicos (que se reportam ao que deve ser, *v.g.*, proibição, permissão e obrigação); axiológicos (os quais, invés de se focarem no que deve ou não ser, se pautam no que é bom ou ruim, segundo um dado critério de valor, *v.g.*, bonito, corajoso, seguro, econômico, etc.); ou antropológicos (que não vem ao caso perfilar no momento, pois as duas outras categorias já são suficientes para que se explique a diferenciação entre princípios e valores). Partindo desta divisão, vê-se que os princípios, por fazerem parte, junto com as regras, do gênero maior das normas jurídicas, assumem claramente uma dimensão deontológica. Os valores, de outro lado, não consideram o que é devido, mas sim o que é melhor do ponto de vista constitucional, razão pela qual assumem uma dimensão axiológica. O Direito Constitucional é composto tanto por princípios quanto por valores. Todavia, Robert Alexy ressalta que “o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente”. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 144-179.

22 O constitucionalista português Jorge Miranda ressalta esta característica de abstração exacerbada da dignidade da pessoa humana, asseverando que ela se apresenta de modo aberto e que a sua concretização se faz no plano histórico-cultural. Cf. MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 170.

6. Metodologia para solução em concreto de colisão de direitos fundamentais: sopesamento e ponderação pelo espectro da dignidade da pessoa humana

Nos tópicos precedentes, verificou-se que os direitos fundamentais consubstanciam princípios, isto é, trata-se de mandamentos de otimização, predispostos à máxima concretização da dignidade da pessoa humana. Exsurge desta constatação a necessidade de se adotar uma metodologia que possibilite analisar concretamente um caso posto envolvendo direitos fundamentais em colisão e chegar a uma solução que considere, a um só tempo, a teoria dos princípios já pelo espectro da dignidade da pessoa humana (vetor de interpretação e aplicação de todas prerrogativas fundamentais).

Com tal objetivo em mente, diante de um caso concreto envolvendo direitos fundamentais em choque, propõe-se que se considere:

a) num primeiro momento, identificar se o caso colocado de fato envolve prerrogativas fundamentais em colisão ou se, em realidade, se está frente a conflito entre uma norma de escalão constitucional com outra de hierarquia inferior ou, ainda, diante de um mero conflito de regras – caso a situação de conflito envolva um direito fundamental e outro direito de patamar hierárquico inferior, pode-se simplesmente entender como juridicamente inválida a norma de menor proeminência hierárquica; já em situação de conflito entre regras de um mesmo patamar, a validade estará numa ou noutra, ou na regra de exceção, no modo tudo-ou-nada; por fim, tratando-se efetivamente de caso de colisão entre dois ou mais direitos fundamentais, passa-se ao próximo passo;

b) nesta segunda etapa, especificar, da maneira mais minudente possível, todos os direitos fundamentais que estejam em colisão e que concorram para as diferentes decisões a

que se pode chegar em concreto; a identificação destes direitos fundamentais em choque configura tarefa da maior importância, uma vez que a desconsideração por si só de um deles pode conduzir a uma solução que poderia não ser defendida nem mesmo por quem à ela chegou caso tal direito não computado fosse devidamente tomado em conta;

c) em terceiro lugar, aplicar o sopesamento e ponderação pela teoria dos princípios, ou ainda por qualquer outra forma de solução cabível que seja, que permitirá estabelecer a relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais que prevaleceram e aqueles outros que cederam;

d) finalmente, submeter o resultado alcançado pelo sopesamento e ponderação ao “teste de compatibilidade” ou “teste de aderência” ao valor-princípio da dignidade da pessoa humana; a aplicação do referido teste tem por finalidade precípua averiguar se o sopesamento e ponderação entre direitos fundamentais colidentes não conduziu a um resultado dissonante com a dignidade da pessoa humana.

Aquele que não se convencer com a metodologia apresentada poderia objetar que a dignidade da pessoa humana é um princípio subjacente a variados outros de direitos fundamentais e que, assim, na aplicação dos direitos fundamentais em geral, encontrar-se-ia implícita a finalidade de garantir exatamente uma vida em padrões minimamente dignos ao indivíduo tomado de forma singular, social e como parte do gênero humano. Isso, segundo esta mesma objeção, permitiria concluir que a consideração da dignidade da pessoa humana já está presente nas etapas anteriores a que se fez menção (“a”, “b” e “c”), sendo de todo desnecessária a criação de uma etapa adicional ao sopesamento e ponderação consistente no teste de compatibilidade e aderência à dignidade da pessoa humana.

Essa possível objeção é afastada, contudo, quando se entende com clareza a importância que a dignidade da pessoa huma-

na tem para muito além do sistema jurídico como um todo. Com efeito, este valor-princípio é tão essencial, não só para a ordem constitucional, mas primordialmente para cada um, individual e comunitariamente, que está a merecer uma múltipla análise: por ocasião das três primeiras etapas da metodologia reproduzida acima (“a”, “b” e “c”) e, outra de maneira específica, como etapa autônoma de controle do sopesamento e ponderação, ou de qualquer outra forma de solução adotada. A consideração da dignidade da pessoa humana como teste de compatibilidade e aderência pelos tomadores de decisão poderia, inclusive, reduzir significativamente o número de soluções tão exaurientes de direitos fundamentais, como a do caso eleito para estudo.

7. Conclusão

Posta a metodologia a pugnar pela aplicação do sopesamento e ponderação de direitos fundamentais em rota de colisão sempre considerando o princípio-valor da dignidade da pessoa humana e culminando com uma etapa final própria e autônoma de aferição de compatibilidade e aderência da solução vislumbrada, cumpre testá-la em termos mais concretos, ou seja, no âmbito do caso eleito para estudo, a fim de verificar a sua real forma de funcionamento e os seus méritos enquanto procedimento de tomada de decisão.

O caso “santos católicos sob figuras pop”, como se averbou nas linhas iniciais, envolve a disputa entre uma artesã disposta a prosseguir em sua atividade artística e profissional e a Igreja Católica, que tem por objetivo impedi-la de fazê-lo. Nos termos da metodologia em questão, o primeiro passo a ser adotado refere-se à verificação da posição hierárquica das normas em rota de colisão (etapa “a”). E, com relação a este requisito, pode-se afirmar, com boa margem de segurança, que tanto a pretensão formulada pela artesã quanto aquela apresentada em juízo pela Igreja Católica baseiam-se em direitos

fundamentais, pelo que impossível se cogitar da declaração de invalidade de uma das normas em choque ou do recurso ao expediente próprio do conflito entre regras.

Superada esta primeira etapa, passa-se à segunda, que consiste na identificação minuciosa dos direitos fundamentais que estão a colidir (etapa “b”). O juízo *a quo* consignou em sua decisão que a pretensão da artesã se baseava nos direitos fundamentais previstos no artigo 5º, IX e XVI do texto constitucional (liberdades de expressão e de reunião) e a da Igreja Católica nos incisos VI (liberdades de consciência e de crença religiosa) e X (inviolabilidade da imagem). A leitura dessa decisão revela que outros variados direitos fundamentais colidentes não foram devidamente considerados, como as prerrogativas jusfundamentais da artesã à livre manifestação do pensamento e de iniciativa, à liberdade de profissão e à subsistência. Com relação à dignidade da pessoa humana, também deveria ela ter sido considerada sob a perspectiva da artesã, e não apenas sob viés da dignidade da Igreja Católica.

A decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJ/GO), de seu turno, foi mais detalhista no tocante aos direitos fundamentais que se encontravam em choque. Considerou que em favor da artesã concorriam as prerrogativas relativas à livre expressão e manifestação do pensamento, bem como a atinente à sua subsistência, o que justificaria a reforma parcial da decisão originária. Entretanto, também deixou de endereçar outros direitos fundamentais, como os que dizem respeito à livre iniciativa e à liberdade de profissão, e tampouco se aprofundou às dignidades em colisão, as quais, se devidamente consideradas, poderiam ter ensejado uma reforma mais ampla.

Ainda que se trate de decisões liminares, a análise do caso em estudo revela que a etapa “b” da metodologia posta não foi preenchida a contento por ambas as decisões, na medida em que estas não identificaram diversos direitos fundamentais que exerciam

uma influência inegável na solução. Veja-se, ainda, que todos os direitos que foram desconsiderados tanto por uma quanto por outra decisão militavam a favor da pretensão da artesã.

A identificação não exaustiva dos direitos fundamentais incidentes certamente prejudicou o sopesamento e ponderação realizados por ambos os juízos (etapa “c”). Por via de consequência, seu resultado não passaria no teste de compatibilidade e aderência à dignidade da pessoa humana, o que se infere das próprias cominações impostas pelo Judiciário, visto que este não apenas proibiu a circulação e a difusão do trabalho com santos católicos, mas até mesmo impediu a artesã de prosseguir nas suas atividades em círculos privados, como a sua residência, ou até para si mesma, afrontando, pois, sua autodeterminação, elemento essencial da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, não seria exagerado sustentar, com todas as *vênias*, que as decisões do Judiciário

evidenciam uma situação de tratamento desumano ou degradante.

A aplicação da metodologia proposta perante situações em concreto demonstra que a lógica que preside o seu raciocínio é de concatenação simples, até intuitiva, de maneira que cada uma das mencionadas etapas depende fundamentalmente do preenchimento da precedente. A corroborar esta conclusão está o caso que serviu de ponto de partida, no qual, à mingua de uma adequada identificação dos direitos fundamentais relevantes para a sua solução, procedeu-se a um sopesamento e ponderação insuficientes a levar os julgadores a decisões não consentâneas com o princípio-valor da dignidade da pessoa humana. Eis aí o objetivo a orientar a apresentação da metodologia abordada: o de nortear as decisões a se manterem fiéis ao fim maior de todos os direitos fundamentais, a saber, a preservação e a promoção da dignidade da pessoa humana, ao menos em seus patamares mínimos.

Referências bibliográficas

ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____.; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, 2003.

BRASIL. 9ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/GO, *Ação Ordinária n. 95844-36.2016.8.09.0051* (201600958448) (Obrigação de Fazer), distribuído em 17/03/2016. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-processual>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, *Agravo de Instrumento n. 258333-76.2016.8.09.0000* (201692583336), 6ª Câmara Cível, Relator Desembargador Norival Santo-omé, registrado em 18/07/2016. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-processual>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. 2. tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. Col. Henrique Garbellini Carnio. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NUNES JR., Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 – Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009. (originalmente apresentada como tese de livre-docência na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. 2. tir. (com acréscimos). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Constelação Familiar e Direito: o novo caminho rumo à paz social



Marcos Antonio Ferreira de Castro

Analista Judiciário, Diretor de Secretaria do Juizado Especial Federal de Botucatu/SP. Especialista em Direito do Estado e das Relações Sociais pela Escola da Magistratura de Mato Grosso do Sul em parceria com a Universidade Católica Dom Bosco. Membro da *Hellinger Sciencia*. Fez a sua formação em Constelação Familiar no Brasil, Alemanha e México.

RESUMO: O presente artigo intenta apresentar noções sobre o Direito Sistêmico, ou seja, a aplicação e verificação das Leis e Ordens segundo a Filosofia da Constelação Familiar criada pelo alemão Bert Hellinger. Um modelo disponível a outras áreas e saberes que já alcançou diversos resultados expressivos na resolução dos conflitos postos em juízo, inclusive com premiação pelo Conselho Nacional de Justiça. A técnica aponta um novo e efetivo caminho na entrega da prestação jurisdicional, onde as partes deixam o Judiciário reconciliadas internamente, evitando-se a propositura de novas demandas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Sistêmico. Constelação Familiar. Leis Sistêmicas. Resolução de conflitos. Conciliação. Mediação. Paz.

ZUSAMMENFASSUNG: Dieser Artikel präsentiert Ideen und konzepte über das so genannte "Systemisches Recht". Das heißt, die Anwendung und Überprüfung der Gesetze und Ordnungen der Liebe die so von der Philosophie der Familienaufstellung des deutschen Bert Hellinger da gestellt wurden. Ein Modell der für viele andere Bereiche des Wissen bedeutenden Ergebnisse bei der Lösung von Konflikten erreicht hat. In Brasilien hat es die Auszeichnung von National Council of Justice erhalten. Die Technik zeigt auf eine neue und effektive Art und Weise bei der Bereitstellung von Justizbehörden, in denen die Parteien die Justiz intern versöhnt verlassen, die Erhebung von neuen Anforderungen zu vermeiden.

STICHWÖRTER: Systemisches Recht. Familienaufstellung. Systemische Gesetze. Konfliktlösung. Versöhnung. Mediation. Frieden.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Constelação Familiar e seu alicerce fenomenológico. 3. Encontrar alternativas mais efetivas para a resolução dos conflitos: um grande desafio do Poder Judiciário. 4. A introdução da Constelação Familiar no campo jurídico. 5. As Leis Sistêmicas. 6. A Constelação Familiar como modelo pacificador. 7. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Quando falamos de Constelação Sistêmica Familiar imediatamente nos remetemos à figura de Bert Hellinger, filósofo, teólogo e terapeuta alemão que apresentou à humanidade, por meio de suas observações, Leis que imperam em todos sistemas, notadamente no âmbito familiar. Hellinger classificou como “Lei” justamente porque não importa se você a conhece ou não, ela irá atuar indistintamente a todos. Prevalece a máxima descrita em nosso ordenamento jurídico de que “a Lei é inescusável”, ou seja, será aplicada e a pessoa está sujeita a seus efeitos, mesmo que a desconheça.

Este é um aspecto bastante peculiar. São “Leis Naturais” que incidem mesmo que não tenha ocorrido qualquer assentimento prévio de vontade. Do mesmo modo que a “Lei da Gravidade” impera em nossas vidas, assim também acontece com as “Ordens” descobertas por Bert Hellinger. Elas estão em plena atividade e alcançam a todos.

A Constelação Sistêmica Familiar e Organizacional mostra-se uma filosofia que está a serviço da vida e dos relacionamentos humanos e pode ser aplicada em todas as áreas, não sendo propriedade de nenhum ramo específico da literatura. Como os efeitos

da aplicação dessa técnica atuam naqueles sentimentos mais profundos do “ser”, alguns a classificam como “terapia”. Contudo, torna-se imperioso transcrever o conceito externado pelo próprio Hellinger:

Na verdade, sou um filósofo. Além disso, faço terapia. No fundo é Filosofia Aplicada. Nesse sentido não sou terapeuta. Contudo eu reflito a vida. Assim gostaria de continuar a trabalhar a serviço da vida, como ela é, sem desejar que ela seja diferente. Não existe nada melhor do que aquilo que é.¹

Trata-se de um modelo que está disponível a todas as áreas que desejam olhar de uma forma ampla e nova para as relações humanas. Sua aplicação exige, até certo ponto, uma completa renúncia ao saber, porquanto possui base puramente fenomenológica. Significa dizer: uma abordagem que busca a verdade em sua essência, que se direciona à origem da experiência e se expõe à realidade tal como se apresenta, sem intenções ou imagens preestabelecidas. Todo o conteúdo desta filosofia posiciona-se em favor da paz e reconciliação e por esta razão amolda-se de maneira bastante apropriada na tutela das

1 HELLINGER, Bert. *Ordens da ajuda*. Trad. Tsuyuko Jinno-Spelter. Patos de Minas: Atman, 2013, p. 162.

relações jurídicas; afinal, o Direito surgiu para regular as relações sociais e tem como base teleológica proteger nosso “bem maior”: a vida.

2. A Constelação Familiar e seu alicerce fenomenológico

A fenomenologia pode ser entendida com a expressão: “aceitar as coisas como elas são”. De imediato cumpre esclarecer que esta postura de “aceitação” não deve ser confundida com conformismo. Evidentemente que se exige “estar de acordo”. Porém, vai muito além que uma mera concordância; demanda “aceitar tal como é” e colocar-se em sintonia com a realidade sem quaisquer objeções ou julgamentos. Um assentimento exigente, que concorda com tudo, respeita a verdade que foi revelada e a ela submete-se. E, a partir desta verdade, surge a possibilidade de um novo caminho, talvez antes não previsto ou imaginado, mas que traz uma direção rumo à reconciliação.

Se à primeira vista alguns conceitos parecem demasiadamente filosóficos e até certo ponto complexos, cumpre mencionar que a Constelação Familiar tem sua base puramente empírica; vale dizer: a partir da experiência vivida em sua profundidade e do sentimento que brota desta experiência é que a parte teórica ocupa o seu devido lugar.

A propósito, a preciosidade deste modelo reside no fato de que as soluções se apresentam “por si mesmas”, após cada um experimentar o processo como um todo. Não se trata de algo pensado, imaginado ou que, em última análise, possa ser controlado. Longe disso. Há uma essência que o homem não pode aprisionar apenas para si e por isso a solução que se apresenta serve a todos os envolvidos. Busca-se a verdade que não pode ser vista ou capturada num primeiro instante de forma racional.

Em seu livro “Um lugar para os excluídos”, Bert relata:

(...) a realidade começa a falar por si mesma. Quando quero tirar proveito dela, ela se afasta de mim, mas quando deixo de colocar-me acima dela, ela me revela algo essencial. O termo grego que designa a verdade significa “o que não está oculto”. A verdade está, portando, do lado de fora, é externa, não está em mim ou em minhas conclusões. Ela vem ao meu encontro. Entretanto, mostra-se apenas aos poucos, jamais por inteiro.²

Esta é a proposta oriunda da Constelação Familiar para se alcançar uma compreensão especial, que não esta adstrita a um caminho estreito e limitado, mas vasto, rumo à plenitude e que, efetivamente, posiciona-se a favor da paz.

É evidente que não podemos nos descurar das normas existentes em nosso ordenamento jurídico. Elas representam o norte que o legislador encontrou para que toda a sociedade possa conviver em harmonia e segurança. Contudo, ao julgador cabe a valoração das normas preestabelecidas e sua aplicação ao caso concreto. Esta é a sua tarefa. De algum modo haverá um juízo de valor e, neste contexto, a Constelação Familiar traz a diretriz para alcançar uma boa solução: todos os envolvidos no processo devem ser acolhidos. Ela nos convida a incluir o todo, pois este todo, com suas partes evidentes e ocultas, é parte do sistema, e cada parte também preserva o seu lugar, dada sua singularidade.

Uma solução harmônica toma em consideração não somente as partes envolvidas no processo, mas também todo o complexo sistema que as abrange. É necessário perceber além das aparências; olhar para os fatos e todas as circunstâncias especiais que os envolvem; distanciar-se e expor-se ao todo que se apresenta. Nesta postura a decisão emerge em sintonia com uma “Força Superior” e, por esta razão, espelha ordem e reconciliação.

2 HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele. *Um lugar para os excluídos*. Patos de Minas: Atman, 2006, p. 19.

E como chegamos a esta imagem capaz de dissolver conflitos? Ela se revela a partir de um determinado recolhimento; exige um olhar inclusivo, que abre espaço a tudo e a todos e assim se expõe amplamente à realidade. A partir deste centro se alcança uma decisão equilibrada, que serve e contempla a todos com o mesmo respeito. Cada um recebe apenas o necessário e essencial para seguir adiante em sua própria força. E porque foi olhado com respeito, segue a sua marcha e toma o seu destino.

Este centramento é a postura esperada do constelador/facilitador (aquele que facilita o processo em uma constelação) ou de qualquer pessoa que tenha de orientar, prestar ajuda, ou mesmo exercer a “arte de julgar”. E por isso esta abordagem enquadra-se de maneira bastante própria a todos os operadores do Direito, estimula cada um a escutar a demanda e olhar para o lugar de cada parte envolvida, além de fomentar a resolução de conflitos por intermédio de alternativas mais efetivas que o processo tradicional.

3. Encontrar alternativas mais efetivas para a resolução dos conflitos: um grande desafio do Poder Judiciário

Um processo pode se arrastar por anos no Poder Judiciário dada a quantidade de ações e recursos cabíveis na tramitação do feito. E quando o processo finalmente chega ao seu termo, não raras vezes, deixa de entregar da verdadeira paz social. Essa dinâmica impulsiona à propositura de novas demandas, uma vez que as partes, mesmo após os longos anos de espera por uma solução que lhes pareça justa, ainda permanecem insatisfeitas. Seria dizer: o processo termina, mas a “lide” interna permanece entre as partes.

Esta afirmação lastreia-se no fato de que as partes retiram-se do Poder Judiciário sem estarem reconciliadas internamente. De fato, ainda se encontram vinculadas ao dese-

jo de obter uma prestação jurisdicional mais favorável. E assim o conflito permanece. Encontrar uma opção célere, efetiva e duradoura para a resolução dos conflitos é o grande desafio do Poder Judiciário.

Nesse compasso, desde 2010, a Justiça Federal apontou como macrodesafio em seu Planejamento Estratégico:

Macrodesafio do Poder Judiciário

Adoção de soluções alternativas de conflito

Refere-se ao fomento de meios extrajudiciais para resolução negociada de conflitos, com a participação ativa do cidadão. Visa estimular a comunidade a dirimir suas contendas sem necessidade de processo judicial, mediante conciliação, mediação e arbitragem; à formação de agentes comunitários de justiça; e, ainda, à celebração de parcerias com a Defensoria Pública, Secretarias de Assistência Social, Conselhos Tutelares, Ministério Público e outras entidades afins.³

E, ainda, lançou o seguinte objetivo estratégico:

Aumentar o número de processos encerrados por meio de conciliação.

Desenvolver a conciliação, especialmente pré-processual, para ampliar o quantitativo de processos encerrados pela via conciliatória.⁴

A fim de estimular o alcance desta meta, a Constelação Familiar já tem demonstrado excelentes resultados, inclusive com premiação ofertada pelo Conselho Nacional de Justiça.⁵ Esta abordagem aponta para uma nova

3 BRASIL, CJF. A estratégia da Justiça Federal 2015/2020. Anexo da Resolução CJF 313/2014. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/observatorio/arq/cadernoestrategia_2015_2020_editorial2.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2017.

4 *Ibidem*.

5 Vide: ARAÚJO, Elizângela. *TJGO é premiado por mediação baseada na técnica de constelação familiar*. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79702-tjgo-e-pre>>



direção e reconhece que o processo tradicionalmente utilizado para a resolução de conflitos teve e ainda tem o seu espaço; preserva sua identidade e importância, além de confirmar a inegável contribuição para que, neste momento, algo novo possa ser vivenciado.

Apresenta-se como uma nova forma de auxílio extensível a todos os operadores do Direito, especialmente aos conciliadores, mediadores e árbitros. Elenca posturas aptas a impulsionar um processo de solução consensual, tais como: atuar sem medo; sem intenção; sem pena (piedade/dó) e sem julgamentos. Desta maneira será possível prestar o auxílio devido e efetivo, quando necessário.

Em seu livro “Ordens da Ajuda”, Hellinger assevera: “ajudar é uma arte”.⁶ Isso porque, para auxiliar outra pessoa, exige-se sensibilidade e compreensão daquilo que é necessário àquele que procura assistência. O ajudante atua apenas naquilo que é essencial, porquanto a ajuda sempre serve a ambos, ou seja, ela ultrapassa os limites do necessitado. Bert Hellinger propõe um questionamento ao

ajudante: o que posso fazer para erguer o outro acima de si mesmo, para algo mais abrangente? A resposta orienta-nos ao apoio ideal, que é ofertado apenas por um determinado período; após, devemos confiar e permitir que o outro siga livremente, na sua própria força.

4. A introdução da Constelação Familiar no campo jurídico

No Brasil, tudo começou com o magistrado Sami Storch que há mais de 10 (dez) anos introduziu a Constelação Familiar para auxiliar na resolução dos conflitos de interesses apresentados ao Judiciário. O resultado foi a obtenção de altos índices de conciliação e o alcance de soluções surpreendentes com a utilização dos princípios desta técnica, tanto que a aplicação da Constelação Familiar ultrapassou o campo da esfera cível e atualmente é também aplicada na esfera criminal, notadamente em Varas da Infância e Juventude, com adolescentes que praticaram atos infracionais.

O magistrado foi o pioneiro na utilização desta filosofia na Justiça e com isso trouxe o que mais tarde foi denominado de Direito Sistêmico, isto é, aplicar o Direito à luz dos ensinamentos trazidos pelo alemão Bert Hellinger com a Constelação Familiar. Para Sami Storch,

(...) a aplicação do Direito Sistêmico para e pelos profissionais do direito pode se dar de diversas formas. Trata-se de uma ciência dos relacionamentos, válida para relações humanas, organizacionais e relações jurídicas em geral, uma vez que toda relação constitui um sistema ou se constitui dentro de um (...). O estudo dessa ciência amplia a compreensão sobre as dinâmicas ocultas nos conflitos. Cada parte no conflito tem motivos para ter se envolvido nele do modo como fez (seja como agressor, vítima, reivindicador ou devedor), e esses motivos podem ter raízes profundas, que não dizem respeito à outra parte no processo, mas sim ao

miado-por-mediacao-baseada-na-tecnica>. Acesso em: 06 abr. 2017. *PREMIAÇÃO do CNJ destaca conciliações no TJBA e projeto de Constelações na Justiça na Comarca de Amargosa/BA*. Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/2015/07/02/premiacao-do-cnj-destaca-conciliacoes-no-tjba-e-projeto-de-constelacoes-na-justica-na-comarca-de-amargosa/>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

⁶ HELLINGER, Bert. *Ordens da ajuda*. Trad. Tsuyuko Jinno-Spelter. Patos de Minas: Atman, 2013, p. 13.

passado familiar de cada um, inclusive de gerações anteriores.⁷

É de se pontuar que no campo jurídico este modelo de solução de conflitos pode ser aplicado de diversas formas, seja no desenrolar do processo ou mesmo antes de seu início, como medida apta a evitar a instauração da lide. A título de exemplificação, descrevemos algumas hipóteses: em audiências, mediante abordagens profundas e um olhar do magistrado incluindo, com respeito e sem prejulgamentos, todos os envolvidos no processo; antes da realização de mutirões de conciliação, como forma de preparação para a (re)conciliação; nas mediações, conciliações e convenções de arbitragem; nas dependências do Fórum, buscando-se maior humanização nas relações, dentre tantas outras possibilidades.

O intuito deste olhar sistêmico é sempre a satisfação plena dos envolvidos. As partes deixam o Judiciário reconciliadas internamente evitando-se, desse modo, a propositura de novas ações judiciais. É preciso olhar com amor e apreço para cada processo, pois ele representa a vida de muito mais de uma pessoa; efetivamente, guarda ressonância com todos aqueles que pertencem ao sistema familiar daquele que buscou o Poder Judiciário.

O indivíduo não é considerado de forma isolada, mas sim parte de um grande sistema, que interage, afetando e sendo afetado por todos os sistemas dos quais ele participa. Como um grande conjunto de engrenagens, onde cada engrenagem, que representa a parte do todo, guarda relação direta com todas as outras peças que compõem esse conjunto; um sistema de interdependência, todos ligados entre si e influenciados pelas três Leis Sistêmicas que embasam a Constelação Familiar.

5. As Leis Sistêmicas

Bert Hellinger sustenta o trabalho da Constelação Familiar em três Leis, as quais também são afetuosamente conhecidas como “Ordens do Amor”.

1) PERTENCIMENTO – todo aquele que nasceu em determinada família tem o seu lugar e o mesmo direito de pertencer que os demais. Trata-se de uma necessidade primordial que envolve a todos porque ninguém pode ser excluído. A alma não tolera exclusões ou mesmo esquecimento. Todos devem ser reconhecidos porque todos fazem parte e qualquer exclusão gera graves consequências para o sistema. Necessariamente outros membros irão repetir o comportamento daquele que foi excluído. E por qual razão essa repetição ocorre? A resposta é simples: repetir o comportamento do excluído é um ato de amor! Por conta desta Lealdade Sistêmica verificamos tantas repetições nos sistemas familiares.

Imagine que em uma família alguém cometeu suicídio. A próxima geração, até no intuito de proteger, não comenta nada sobre esse fato, tenta escondê-lo e assim acaba por excluir aquele que cometeu tal ato. O que ocorre posteriormente? O sistema é pressionado por conta dessa exclusão até que outro membro, por amor a este sistema e como forma de demonstrar que todos fazem parte, pratica o mesmo ato ou não se permite ser um vencedor na vida.

Tudo isso ocorre por conta de um “grande amor”, uma lealdade invisível ao sistema de origem que não caminha para a solução; ao contrário, acaba por perpetuar a dor. Quando repete o comportamento, a pessoa está dizendo internamente: “por te amar e porque você também faz parte, eu faço exatamente como você. Eu vejo o quanto foi difícil e faço o mesmo, assim você permanece com um lugar de honra em meu coração. Você estará sempre entre nós”.

Mesmo que ninguém tivesse falado

⁷ STORCH, Sami. *Direito sistêmico*. Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/2017/04/10/porque-aprender-direito-sistemico/>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

sobre suicídio na família, a mesma dor voltou neste sistema. Isso porque há uma consciência maior que envolve a todos e que, como dito, não admite qualquer tipo de exclusão. Qual seria neste caso a conduta que tem chances de trazer a cura, a paz? Aqueles que permanecem precisam “olhar” para todos do sistema e dizer: “eu vejo vocês e dou um lugar a todos em meu coração. O que vocês fizeram, ao preço que custou para vocês, não foi em vão. Todos vocês, assim como eu, fazemos parte dessa família. Obrigado!”

2) HIERARQUIA – existe uma ordem em todo o sistema, seja familiar ou organizacional. Aquele que veio antes tem precedência e cada um tem a sua própria função. É o tempo (critério cronológico) que define a prioridade nos vínculos construídos ao longo da vida. A título de exemplificação podemos dizer que o relacionamento do casal tem precedência sobre a relação com os filhos. Os pais ingressaram antes no sistema e por isso sempre serão considerados grandes em relação aos filhos. É o respeito à ordem.

A Constelação Familiar mostra que existe uma ordem prévia e que deve ser respeitada, porquanto ela determina o seu papel dentro do sistema. Os relacionamentos humanos têm grande chance de êxito quando em sintonia com esta ordem que a tudo abarca e, como dito, precede. Portanto, só o amor não basta. É necessário estar em concordância com esta Ordem.

Bert Hellinger discorre sobre a ordem em um poema:

O amor preenche o que a ordem abarca.
O amor é a água, a ordem é o jarro.
A ordem ajunta,
o amor flui.
Ordem e amor atuam juntos.
Como uma linda canção obedece às harmonias,
assim o amor obedece à ordem.
Assim como o ouvido dificilmente se acostuma
às dissonâncias, mesmo quando são

explicadas,
assim também nossa alma dificilmente
se acostuma
ao amor sem ordem.⁸

No Juizado Especial Federal de Botucatu/SP, foi possível realizar uma importante experiência em reconhecimento à hierarquia. As divisórias anteriormente existentes no local de trabalho foram retiradas a fim de formar um único ambiente para abarcar os servidores do gabinete, secretaria, contadoria e atendimento. Após, as estações de trabalho foram dispostas de modo a evidenciar a ordem de chegada neste juízo, ou seja, o servidor mais antigo ocupa um lugar de precedência e assim sucessivamente.

Em um primeiro momento, houve dúvida se esta seria uma solução adequada já que os servidores não ficariam próximos aos seus núcleos. A organização foi definida pelo critério de antiguidade e não pela função desempenhada entre os diversos setores. Ademais, cogitou-se de haver ruído o que fatalmente atrapalharia a concentração e, como consequência, a produtividade. Contudo, experimentamos. E o que se apresentou foi um ambiente sereno, tranquilo e agradável. É possível sentir algo “diferente”; o silêncio agora se faz presente e pode ser contemplado. Conhecemos os efeitos da ordem em ação e descobrimos o que Hellinger afirma a todo instante em seus seminários: “o essencial é simples” e “no essencial temos tudo”.

3) EQUILÍBRIO – aqui falamos de equilíbrio entre aqueles que estão em uma mesma linha de hierarquia, por exemplo, membros da mesma geração do sistema familiar. Isso porque entre pais e filhos a dinâmica é distinta. Os pais são aqueles que nos deram a vida. E isso é grande e valioso. A compensação que os filhos podem oferecer é seguir em frente, repassar essa grandeza adiante, seja cons-

8 HELLINGER, Bert. *No centro sentimos leveza: conferências e histórias*. 2. ed. Trad. Newton de Araujo Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 89.

truindo sua própria família, gerando seus filhos, seja realizando-se profissionalmente.

Entre os cônjuges não há hierarquia, pois ambos chegam juntos no sistema. Esta relação, para ser bem sucedida, há de respeitar o equilíbrio entre o dar e o tomar/receber. É somente respeitando-se este equilíbrio que se alcança a harmonia. No campo da área jurídica falamos de um verdadeiro sistema de “checks and balances”, de pesos e contrapesos, que se ajustam por intermédio de uma justa compensação e que experimentam a paz quando o dar e o receber apresentam-se de maneira equivalentes. A “chave” está na maneira de como essa compensação é realizada.

Imagine que um dos cônjuges faz uma surpresa ao outro que lhe causa grande alegria. O cônjuge que recebeu este presente fica pressionado a também fazer algo. E assim o faz. E quando vai compensar, faz algo ainda maior, que transfere a “pressão” ao outro cônjuge para continuar essa cadeia de “compensação positiva”. Assim o relacionamento cresce! E quando algum deles faz algo que causa dor ao outro? Também nesta dinâmica a compensação é medida que se impõe. Porém, ao invés de fazer algo ainda mais cruel, o cônjuge faz um “mal menor” e que equilibra a relação. Por exemplo, o marido trai a esposa. Nesse caso, a esposa não vai fazer o mesmo, mas deve exigir do marido algo que lhe custe e que, desse modo, vai voltar a trazer equilíbrio na relação. Os relacionamentos permeiam neste equilíbrio entre “créditos” e “débitos”.

As compensações que surgem por conta da transgressão dessas leis apresentam-se de forma bastante variada: desmotivação, depressão, doenças sem causa aparente, fracasso na vida profissional, problemas nos relacionamentos, sentimentos de culpa, vingança, rancor, dentre tantos outros sintomas. Com as Constelações Familiares é possível chegar na origem do problema e, desse modo, a pessoa conquista, por si mesma, sua liberdade e dignidade; toma para si apenas aquilo que lhe pertence e se propõe

ao passo seguinte a caminho do êxito pessoal e profissional.

6. A Constelação Familiar como modelo pacificador

No ano de 2011, Bert Hellinger foi indicado o prêmio Nobel da Paz com a Constelação Familiar. Como é de cediço, este é um prêmio de mais alto prestígio em favor da paz. A propósito, o próprio Alfred Nobel, assim descreveu a respeito desta honraria:

(...) o prêmio deveria distinguir a pessoa que tivesse feito a maior ou melhor ação pela fraternidade entre as nações, pela abolição e redução dos esforços de guerra e pela manutenção e promoção de tratados de paz.⁹

Ainda que Bert Hellinger não tenha sido o “vencedor” naquele ano, seu trabalho foi reconhecido mundialmente por promover a paz entre os povos. E isso tem força!

Por isso este modelo reúne qualidades que se esperam à entrega da jurisdição: ambos estão a serviço da paz. Entretanto, da maneira como hoje o Judiciário apresenta-se, o que se percebe é um aumento excessivo no número de demandas, sem que com isso as partes saiam do Judiciário reconciliadas, mesmo quando recebem o bem da vida pleiteado. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, existe uma projeção de 114,5 milhões de processos em 2020. Se compararmos à população brasileira de janeiro/2017, estimada em aproximadamente 207 milhões de habitantes, segundo sítio eletrônico do IBGE, em breve teremos 01 processo para cada 02 cidadãos brasileiros!

Ainda há outro dado alarmante. Em 2015, o Conselho Nacional de Justiça publicou uma estatística nacional acerca dos processos judiciais. Após uma padronização dos

9 NOBEL da paz. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Nobel_da_Paz>. Acesso em: 06 abr. 2017.

assuntos propostos em juízo foi possível constatar as maiores demandas no Judiciário. Seja no Juizado Especial Federal ou Estadual, o dano moral é o assunto que envolve a maior concentração de demandas. Esses dados demonstram que grande parte da população brasileira sente que sua dignidade não está sendo respeitada. E, nesse compasso, surge algo a ser questionado: o Judiciário, por si só, está em condições de resgatar esta dignidade?

Resgatar a dignidade de um povo envolve uma ampla questão social a ser encarada em toda a sua profundidade, não somente pelo Poder Judiciário, mas por todos aqueles que compõem o Estado Democrático de Direito, notadamente cada indivíduo, ser único e especial, que provém de uma família e que, no ato de receber a vida, foi agraciado com os pais certos para o seu crescimento e evolução. Dentro da Lei da Ordem é forçoso reconhecer que algo aconteceu muito antes, que existe uma origem a ser honrada e respeitada para se resgatar a força em plenitude e abundância.

O Judiciário não pode ser utilizado como órgão substitutivo daquilo que a parte não encontrou e que poderia ter encontrado, por si mesma, em seu próprio sistema de origem. Eventuais queixas e reclamações do autor de uma ação judicial que trazem como “pano de fundo” questões internas do sistema familiar somente serão resolvidas com este olhar amplo proposto pela Constelação Familiar. Podemos dizer, a título de exemplificação, que o vazio causado pela exclusão de um ente querido no sistema, por exemplo o pai do demandante, jamais será suprido por uma quantia pecuniária arbitrada a título de dano moral ou material.



Enquanto não houver uma decisão que tome em consideração o “grande sistema” que se apresenta em juízo, outras demandas serão propostas, mais e mais indenizações serão pleiteadas e esse demandante contumaz ainda assim não encontrará uma resposta que preencha este vazio. Qual a razão? Em profundidade ele almeja apenas encontrar novamente o caminho em direção ao seu pai, que lhe seja permitido amar o pai exatamente como é, sem restrição ou julgamentos, independentemente do destino difícil que tenha tido. Este é o caminho mais curto para se encontrar e restaurar a dignidade do indivíduo.

No âmbito dos Juizados Especiais Federais Cíveis, um volume expressivo de demandas é gerado em desfavor do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, especialmente onde a parte autora alega estar doente e requer a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. São dinâmicas frequentes e que se perpetuam como rotina nos Fóruns Federais.

A parte ingressa em juízo alegando estar incapacitada para o trabalho. É submetida à perícia médica, realizada por um médico de confiança do juízo. Na grande maioria das vezes, sendo o laudo médico favorável, o pedido será julgado procedente e, improcedente, no caso de laudo em que o médico atesta que a parte autora tem condições de trabalhar.

Também é de se mencionar que um percentual expressivo dessas ações constata incapacidade temporária, de maneira que, depois de um determinado período, presume-se que o autor poderá retornar ao trabalho. Esse tempo de recebimento do benefício é justamente para que o autor tenha condições de se manter durante o período estimado para a re-

cuperação da doença. Assim, o autor da ação, comprovando estar incapaz temporariamente, receberá um auxílio-doença. Ele é considerado vencedor da ação e deixa o Judiciário ciente de que o seu auxílio deverá perdurar apenas por um determinado período, salvo se houver agravamento da doença, o que poderá ser demonstrado mediante realização de nova perícia judicial.

Ocorre que, ao término do tempo estimado para a recuperação da doença, e com a cessação do benefício pela autarquia previdenciária (INSS), não raras vezes, o Judiciário é novamente acionado. A parte ingressa com nova ação asseverando que sua incapacidade ainda persiste e que necessita continuar a recebendo o benefício. Já aquele que “perdeu” a demanda anterior por ser considerado capaz para exercer atividade laborativa, após algum tempo também retorna ao Judiciário, desta vez ao argumento de que está muito pior, que a doença agravou-se e que precisa do auxílio do Estado. Veja que, nos casos acima mencionados, seja aquele que venceu a demanda e que recebeu um benefício mediante provocação do Poder judiciário, seja aquele que ficou um tempo sem receber, ambos retornam insatisfeitos e dão origem a um novo processo. E, assim, as demandas multiplicam-se ante a superficialidade da entrega da prestação jurisdicional.

Para se ter uma ideia, no Juizado Especial Federal de Botucatu, considerado um juizado de volume pequeno de ações (em média 3.700 processos em tramitação), foram designadas 1.618 perícias de janeiro até o mês de setembro/2016, sendo que, desse montante, 270 perícias somente na área de psiquiatria. Destaquei a psiquiatria porque aqui verificamos muitos jovens (de 25 a 40 anos) que ingressam em juízo ao argumento de que não têm condições de trabalhar por estarem com depressão ou algum outro transtorno de ordem intelectual.

Trago aqui um exemplo. O caso se trata de uma jovem de 34 anos, já em seu quinto

processo judicial e que, desde 2008, tenta manter um benefício previdenciário sob a alegação de estar acometida de depressão e transtorno de personalidade grave. Note que, desde os 25 anos de idade, ela se sustenta financeiramente com o auxílio do Estado.

A jovem era conhecida dos servidores deste juízo, pois, quando comparecia às perícias, reclamava muito no setor de atendimento aos jurisdicionados. Tive a oportunidade de atendê-la, logo após ter realizado uma perícia. Estava muito abalada, aos prantos, acreditava que seu benefício seria cessado. Em nossa breve conversa logo no início ficou claro que a jovem buscava incansavelmente o acesso à sua mãe. Ela exclamou: “eu não tenho mãe!” Com uma simples frase a jovem se acalmou: “em você eu vejo a sua mamãe. Tenho certeza do quanto ela fica feliz quando você se cuida com carinho”. Tempos depois esta jovem retornou a este Juizado, agradeceu e, apesar de seu pedido ter sido julgado improcedente, não temos notícias de que tenha proposto nova demanda neste juízo.

7. Considerações finais

A Constelação Familiar, com seu olhar sistêmico e postura fenomenológica, auxilia na identificação das situações ocultas (dinâmicas que não estão estampadas à primeira vista na petição inicial e contestação) que interferem diretamente na solução das dificuldades postas em juízo e, por guardarem ressonância à verdadeira entrega da paz social, podem e devem ser objeto de análise por todos os operadores do Direito, especialmente aqueles que atuam diariamente nas lides forenses, tais como magistrados, advogados, procuradores e servidores. É preciso um olhar atento e amplo a todos que buscam o Poder Judiciário no escopo de se encontrar uma solução duradoura, que reconcilie as partes internamente e, ao mesmo tempo, evite a repropositura de novas demandas.

Essa filosofia se revela muito mais ampla que uma simples técnica ou método a ser seguido de maneira exata e categórica. Exige-se uma verdadeira mudança de comportamento, inclusive do próprio facilitador, que necessariamente deve passar por um processo de capacitação para aplicá-la. Um novo modelo que fomenta e oferece suporte para sedimentação de uma postura interna onde o olhar alcance o ser humano e o respeite exatamente da maneira como ele é.

Aplicar o Direito em sintonia com as Leis Sistêmicas traz ordem para os relacionamentos humanos e convida-nos a aceitar o outro com tudo o que lhe pertence. Isto significa que renuncio qualquer desejo de

que este outro seja diferente, tampouco busco repará-lo ou impor uma realidade da qual não compartilhe e, principalmente, reconheço-o como uma pessoa digna para arcar com as consequências de seus próprios atos.

Bert Hellinger é, sem dúvida, um dos maiores filósofos do século XXI. Suas compreensões transformadoras revelam-nos o caminho da reconciliação quando permitimos que o amor siga dentro da ordem que o precede e o conduz. Por meio deste modelo de resolução de conflitos, o Poder Judiciário entrega a prestação jurisdicional de forma clara e precisa e, juntamente com a sociedade, encontra o essencial em direção à paz.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Elizângela. *TJGO é premiado por mediação baseada na técnica de constelação familiar*. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79702-tjgo-e-premiado-por-mediacao-baseada-na-tecnica>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

BRASIL, CJF. *A estratégia da Justiça Federal 2015/2020*. Anexo da Resolução CJF 313/2014. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/observatorio/arq/cadernoestrategia_2015_2020_editorial2.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2017.

_____, CJF. *Resolução nº 313/2014*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/observatorio/arq/Resolucao%20CJF%20313-2014.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

_____, CNJ. *Resolução nº 198/2014*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2733>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

CAMPEÃO em conciliações, tribunal é destaque em premiação do CNJ. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/judiciario/79789>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. *Justiça em números permite gestão estratégica da Justiça há 10 anos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79579-justica-em-numeros-permite-gestao-estrategica-da-justica-ha-10-anos>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

HELLINGER, Bert. *A fonte não precisa perguntar pelo caminho*. 2. ed. Trad. Eloisa G. Tironi & Tsuyuko Jinno-Spelter. Patos de Minas: Atman, 2007.

_____. *A simetria oculta do amor*. 6. ed. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Cultrix, 2006.

_____. *Êxito na vida, êxito na profissão*. Patos de Minas: Atman, 2011.

_____. *No centro sentimos leveza: conferências e histórias*. 2. ed. Trad. Newton de Araujo Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2006.

_____. *O essencial é simples*. Patos de Minas: Atman, 2014.

_____. *Ordens da ajuda*. Trad. Tsuyuko Jinno-Spelter. Patos de Minas: Atman, 2013.

_____. *Ordens do amor*. São Paulo: Cultrix, 2013.

_____; HÖVEL, Gabriele. *Constelações familiares: o reconhecimento das ordens do amor*. Conversas sobre emaranhamentos e soluções. 8. ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

_____; HÖVEL, Gabriele. *Um lugar para os excluídos*. Patos de Minas: Atman, 2006.

NOBEL da paz. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Nobel_da_Paz>. Acesso em: 06 abr. 2017.

PREMIAÇÃO do CNJ destaca conciliações no TJBA e projeto de Constelações na Justiça na Comarca de Amargosa/BA. Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/2015/07/02/premiacao-do-cnj-destaca-conciliacoes-no-tjba-e-projeto-de-constelacoes-na-justica-na-comarca-de-amargosaba/>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

PROJEÇÃO da população do Brasil e das Unidades da Federação. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

STORCH, Sami. *Direito sistêmico*. Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/2017/04/10/por-que-aprender-direito-sistemico/>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

O Acordo Brasil – Santa Sé



Edson Luiz Sampel

Analista judiciário lotado no Gabinete do Desembargador Federal Nery Júnior. Doutor em Direito Canônico pela Pontifícia Universidade Lateranense, do Vaticano. Professor da Faculdade de Direito Canônico São Paulo Apóstolo (Arquidiocese de São Paulo). Membro da Sociedade Brasileira de Canonistas (SBC) e da Academia Marial de Aparecida (AMA). Entre diversas obras, autor de “Católico até debaixo d’água” (Editora LTr, 2016).

RESUMO: O artigo procura mostrar a relevância do acordo diplomático celebrado entre o Brasil e a Igreja católica, por intermédio da Santa Sé. Os operadores do direito desconhecem o referido pacto e a força que ele tem para solidar os valores cristãos na sociedade brasileira. Nesta reflexão, comentam-se os pontos mais importantes do mencionado pacto.

PALAVRAS-CHAVES: Acordo – Brasil – Santa Sé – Igreja católica – diplomacia.

ABSTRACT: This article shows the importance of the Diplomatic Agreement celebrated between Brazil and the Catholic Church, thru the Holy See. The jurists, in general, do not know the mentioned pact neither its power towards the solidification of the Christian Values in the Brazilian society. In this commentary, we study the most relevant parts of the agreement.

KEY-WORDS: Diplomatic agreement – Catholic Church – Holy See – Brazil.

Introdução

Aos 11 de fevereiro de 2010, promulgou-se uma avença celebrada entre o Brasil e o Vaticano, conhecida por “Acordo Brasil – Santa Sé”, o Decreto nº 7.107/2010 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7107.htm). A data é emblemática, pois há exatos 81 anos, no dia 11 de fevereiro de 1929, a Itália e a Igreja selavam um pacto fundamental, o chamado “tratado de Latrão”, reconhecendo-se a soberania da cidade do Vaticano. Os assuntos regidos na “concordata”,¹ cuja redação foi aprovada através do Decreto legislativo nº 698/2009, em nada contrariam o ordenamento jurídico do nosso país. O real objetivo consiste apenas em facilitar o fluxo jurídico e burocrático dos interesses recíprocos entre as entidades eclesásticas e os diversos organismos estatais.

Eis os aspectos da fausta concordata agitados neste artigo; quicá os pontos mais relevantes: 1) O art. 9º abre a possibilidade de um reconhecimento recíproco de diplomas de graduação e pós-graduação obtidos quer no Brasil quer em universidade vinculada diretamente à autoridade da Igreja; 2) Pelo acordo (art. 12), as sentenças de nulidade de matrimônio dos tribunais eclesiásticos podem ser ratificadas pelo STJ, mediante o procedimento de homologação de sentenças estrangeiras; 3) Repetindo as disposições da própria constituição da república, o acordo, no art. 11, pugna pela garantia do ensino religioso de frequência facultativa nos horários normais das escolas públicas de nível fundamental; 4) Visando ao cumprimento das missões mais nobres da Igreja, o acordo, consoante preceitua o art. 8º, salvaguarda a atuação de clérigos e de leigos nos estabelecimentos de saúde e em unidades prisionais, dentre outros organismos de interação coletiva. Segue, ao cabo, a íntegra do tratado, apêndice desta reflexão.

1. Titulação acadêmica

O pacto ultimado entre o Brasil e o Vaticano prevê a possibilidade de reconhecimento recíproco de títulos acadêmicos, de graduação e de pós-graduação. Com efeito, eis a íntegra do artigo 9º:

O reconhecimento recíproco de títulos e qualificações em nível de Graduação e de Pós-Graduação estará sujeito, respectivamente, às exigências dos ordenamentos jurídicos brasileiro e da Santa Sé.

A Igreja católica criou a universidade! Inventou-a, digamos assim. Fê-lo na alta idade média, época injustamente tachada de período caliginoso da história. Ora, desde sua fundação, há dois mil anos, a Igreja se volta ao ser humano, auscultando as angústias e esperanças dele.² Nada mais razoável que uma instituição perita em humanidades³ goze do reconhecimento universal dos títulos acadêmicos expedidos por ela através das universidades católicas e eclesiásticas. Não se trata de privilégio, mas da confirmação de um direito legítimo e inalienável.

Sem embargo, a letra do artigo 9º, sob exame, em princípio, parece tímida. Não haveria novidade nenhuma; “chove-se no molhado”, como se diz popularmente, ao se estabelecer que têm de ser respeitadas as legislações da Santa Sé e do Brasil. Isto não é o óbvio? Perguntaria o observador incauto. De fato, a novidade mesma reside na inclusão da locução “reconhecimento recíproco” nesse artigo 9º, que, a meu ver, dá ensanchas a futuro convênio regulamentar para o reconhecimento automático dos diplomas e títulos acadêmicos. A propósito, eis o que reza o artigo 18 do acordo:

¹ “Uma avença de direito internacional que possua a Igreja católica num dos polos doutrinariamente recebe o nome de ‘concordata’” (SAMPEL, Edson Luiz. *Resumo de Direito Canônico*. Aparecida: Santuário, 2014, p. 63).

² Constituição dogmática *Lumen Gentium*, nº 1.

³ Carta encíclica *Populorum progressio*, n. 13, do beato papa Paulo VI.

O presente acordo poderá ser complementado por ajustes concluídos entre as Altas Partes Contratantes.

§ 1º. Órgãos do Governo brasileiro, no âmbito de suas respectivas competências e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, devidamente autorizada pela Santa Sé, poderão celebrar convênio sobre matérias específicas, para implementação do presente acordo.

Creio que para ser implementada a figura jurídica do reconhecimento recíproco direto e automático, será mister um convênio bilateral ou sinalagmático entre o Brasil e o Vaticano.



No Brasil, malgrado a universidade em si tenha surgido serodidamente, há instituições de primeira linha, como, por exemplo, as diversas PUC's espalhadas pelo território nacional. Em momento preliminar, é importante que se reconheçam os diplomas em teologia e de filosofia outorgados pelas chamadas universidades eclesiásticas situadas em Roma. Atualmente, o portador de diploma emitido por uma universidade romana tem de passar pelo processo de convalidação ou revalidação prescrito pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB, Lei nº 9.394/96).

Com o transcurso dos anos, é claro, e graças ao labor inconcusso dos especialistas, o acordo Brasil – Santa Sé abundará em frutos assaz benéficos. Essas benesses serão colhidas não só pelos católicos, membros da Igreja, mas por toda a sociedade, que muito lucrará com a dinamicidade de uma instituição biminlenar que, no Brasil, tem tradicionalmente assistido os vários estratos sociais, mormente os pobres, soerguendo-os e dignificando-os.

2. Sentença eclesiástica de nulidade de casamento homologável pelo STJ

O recente acordo ultimado entre o Brasil e a Santa Sé regula várias questões importantes, conforme vimos na introdução. Tratem, agora, especificamente do artigo 12 do aludido pacto, vazado nos seguintes termos:

O casamento celebrado em conformidade com as leis canônicas, que atender também às exigências estabelecidas pelo direito brasileiro para contrair casamento, produz os efeitos civis, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

§ 1º. A homologação das sentenças eclesiásticas em matéria matrimonial, confirmadas pelo órgão de controle superior da Santa Sé, será efetuada nos termos da legislação brasileira sobre homologação de sentenças estrangeiras.

A novidade reside no parágrafo 1º, porque o disposto na cabeça do artigo já é prática comum nas paróquias: casamento religioso com efeito civil.

No meu entender, uma sentença de nulidade de casamento, proferida por um tribunal eclesiástico, só poderia ser ratificada pela autoridade brasileira, se a causa da indigitada nulidade correspondesse a algum impedimento matrimonial, pois apenas nesta hipótese, o direito brasileiro também prevê a nulidade. O acordo não há de ferir nenhum dispositivo da lei brasileira.

Os impedimentos dirimentes, contemplados tanto pela legislação canônica quanto pela legislação civil, são os seguintes: 1) idade; 2) vínculo matrimonial anterior; 3) homicídio do cônjuge, com o propósito de se casar com o sobrevivente; 4) ascendentes com descendentes, em linha reta; 5) parentesco por adoção. O rapto de mulher honesta, para com ela convolar núpcias, não está mais no rol dos impedimentos do código civil em vigor, porém permanece no código canônico.

Outra possibilidade de o Estado homologar uma sentença eclesiástica é a do casamento válido, mas não consumado, em que o santo padre (o papa) dissolve o vínculo. Neste caso, a autoridade civil chancela o veredicto pontifício, equiparando-o ao divórcio.

No âmbito da justiça canônica, há diversas possibilidades de declaração de nulidade de matrimônio.⁴ Por exemplo: um

matrimônio pode vir a ser considerado inválido por uma corte canônica, em virtude de os cônjuges, à época da celebração, padecerem de grave imaturidade para assumirem os misteres inerentes à vida a dois (cânon 1095, nº 2). No entanto, essa possibilidade não existe para o direito brasileiro. Desta feita, este tipo de sentença será objeto de ratificação? Outros motivos de nulidade assaz corriqueiros nas cortes canônicas que, a meu ver, não receberiam a chancela do Estado: a exclusão do bem da fidelidade ou do bem da prole. São pontos exclusivamente sacramentais e canônicos.

Se o Estado homologar a sentença canônica, as partes envolvidas, isto é, os cônjuges, voltam a gozar do *status* de solteiros.

Em junho de 2013, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) convalidou uma sentença canônica de nulidade de casamento. O primeiro caso. O relator do processo estribou-se no artigo 12 do Acordo Brasil – Santa Sé. Doravante haverá muitos requerimentos de homologação de sentenças judiciais oriundas do poder judiciário da Igreja católica? Não se sabe! Pelo pacto internacional celebrado com a Santa Sé, o Brasil se compromete a dar validade jurídica às decisões relativas a matrimônios, nada mais. Deveras, a Igreja sempre reivindicou competência concorrente para estatuir as normas que digam respeito ao casamento. Vale dizer: a Igreja e o Estado têm graves responsabilidades em tutelar os valores da família.

Resta saber, como dissemos acima, se a justiça brasileira homologará tão somente as sentenças em que a nulidade provier de causa concomitantemente relevante para o direito civil e para o direito canônico ou de causa de nulidade exclusivamente canônica. Dou outro exemplo. A coação irresistível, como a ameaça de morte imputada ao cônjuge, torna nulo o casamento tanto no aspecto cível quanto no canônico. Ora, se o noivo foi compelido a se casar sob o prenúncio de um mal terrível, irrogado pelo pai da noiva, cuida-se de casamento nulo.

4 Eis as causas mais comuns de nulidade de um casamento celebrado na Igreja:

1. Exclusão do bem da prole: um dos nubentes, ou ambos, não querem ter filhos.
2. Exclusão do bem da fidelidade: não se admite a exclusividade de um único parceiro sexual.
3. Exclusão total do matrimônio: não se deseja o casamento em si; quer-se apenas uma aparência de casamento, para que se possa atingir outro objetivo, como, por exemplo, o *status* social próspero.
4. Exclusão da indissolubilidade: os parceiros, ou um deles, se casam, mas admitem a possibilidade de separação e rompimento do vínculo, se o casamento não der certo.
5. Erro de qualidade direta e principalmente desejada: exemplo: o fato de a parceira ser uma exímia costureira é tudo para o nubente; casa-se com ela, visando à referida qualidade. Se esta qualidade não se implementa, o casamento é nulo.
6. Violência ou medo: alguém constrange a outra pessoa a convolar o casamento, ou, então, surge o denominado temor reverencial (respeito excessivo pela vontade dos pais; ex.: uma gravidez inesperada faz com que o pai moralmente obrigue a filha a se casar, para não ficar desonrada).
7. Falta de discernimento de juízo: os cônjuges, ou um deles, não dispõem da maturidade mínima necessária para assumirem e porem em prática os encargos do matrimônio.
8. Falta de forma canônica: não houve o devido respeito ao rito estabelecido pela Igreja na celebração do casamento. Ex.: o padre não solicitou a manifestação de vontade dos noivos.

Hipótese assaz corriqueira nos tribunais eclesiásticos, conforme expendemos há pouco, é a chamada “exclusão do bem da fidelidade”. Um dos nubentes, ou ambos, foi sempre infiel, privando com outros parceiros sexuais desde o namoro. Este casamento é nulo para a Igreja. Outra possibilidade, uma das mais ocorrentes nas cortes canônicas, é a denominada “falta de discrição de juízo”, ou seja, a imaturidade grave que impede aos nubentes coexistirem sob o mesmo teto, com o cumprimento das obrigações inerentes ao conúbio. Isto é nulidade para o direito canônico, mas não para o direito civil ou estatal.

Pelo que pude aquilatar em colóquios com especialistas, a tendência é que a justiça brasileira homologue qualquer casamento declarado nulo pela corte máxima da Igreja, o Tribunal da Assinatura Apostólica, localizado em Roma. É, aliás, o que se depreende da leitura do resumo da primeira homologação deste tipo, postado no site do STJ. O relator coloca como premissas para a convalidação o fato de o casamento haver sido celebrado em conformidade com o direito civil, bem como a previsão do ato homologatório no acordo. Parece não haver nenhuma referência à obrigação de a causa de nulidade ser contemplada simultaneamente pelo direito civil e pelo direito canônico. Neste sentido se expressa o ex-núncio no Brasil, dom Lorenzo Baldisseri:

Se o ordenamento constitucional brasileiro admite que a celebração religiosa do casamento surta todos os efeitos civis, por simetria necessária, haverá de reconhecer os efeitos civis da anulação do casamento religioso.⁵

A grande novidade trazida pelo Acordo Brasil – Santa Sé consiste em que os envolvidos nestes processos, após a devida homologação, passarão a ostentar o estado civil de

solteiro, consoante escrevi linhas acima. Isto é simplesmente revolucionário, ou melhor, contrarrevolucionário! É claro que, felizmente, não nos encontramos mais em tempos tão preconceituosos, em que ser divorciado (ou divorciada!) era nódoa pesadíssima imposta pela sociedade. De qualquer modo, cuido que a bastante gente interessará voltar a ser solteiro, após um casamento malogrado e nulo, isto é, inválido, inexistente.

Os tribunais eclesiásticos do Brasil estão repletos de requerimentos de nulidade de matrimônio. Sabemos que grande parte dos brasileiros opta pelo casamento religioso (canônico) na Igreja católica. Perante a legislação pátria, não vejo caminho para a declaração de nulidade de casamento, com o retorno ao estado civil de solteiro, a não ser pelo processo canônico, conforme as novas e alvissareiras perspectivas delineadas pelo acordo Brasil – Santa Sé.

3. Ensino religioso

É óbvio ululante que a festejada avença bilateral pactuada entre o Brasil e a Igreja católica (Santa Sé) não deixaria de lado o ensino religioso. Com efeito, determina o art. 11 do acordo:

A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.

§ 1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

O genuíno ensino religioso consiste na exposição sistemática e didática do conteú-

5 BALDISSERI, Lorenzo. *Diplomacia Pontifícia – Acordo Brasil – Santa Sé, Intervenções*. São Paulo: LTr, 2011, p. 114.

do de determinada religião. Não vale aquela teoria de que se devem transmitir “valores universais”, que encontram guarida em qualquer credo. A ideia consubstanciada no ordenamento jurídico nacional, corroborada no acordo, é de que, por exemplo, se houver uma turma de estudantes que professam o judaísmo, esta crença específica tem de ser explicada aos alunos. Outro não é o entendimento do prof. Célio Borja:

O Tratado com a Santa Sé não viola a neutralidade do Estado em face de todas as religiões, pois estende a todas elas o mesmo direito ao ensino confessional e a decidir quanto ao conteúdo de suas lições.⁶

O Brasil é um país majoritariamente católico (80% da população) e, se o ensino religioso for adequadamente instituído nas escolas públicas, em cumprimento ao disposto na constituição federal (Art. 210, § 1º), haverá decerto bastantes estudantes interessados em assistir às aulas de religião. Desafortunadamente, os governos estaduais não têm envidado esforços com vistas à implementação desse legítimo *direito* do brasileiro. Sim, porque receber na sala de aula os prolegômenos da religião é um bem imensurável, não só para o educando, mas, principalmente, para a sociedade como um todo. Com certeza, passados alguns anos dessa prática, perceberemos sensível arrefecimento da violência social.

Não tenho dúvidas de que a injustiça social é uma das causas precípuas da imane violência nas cidades brasileiras. Entretanto, estou, também, convicto de que o ensino religioso nas escolas públicas contribuirá efetivamente como um dos antídotos contra esse caos urbano. Predicava o saudoso cardeal dom Eugênio Salles que as aulas de religião comunicam valores, lapidam o caráter do

adolescente, forjam manticostumes em prol da dignidade da pessoa humana. Enfim, o ensino religioso, a médio e longo prazos, representa um adminículo portentoso na construção de um Brasil justo, fraterno e pacífico, porque coloca Deus novamente em cena.

Vivemos, sem dúvida, num Estado laico. No entanto, o ensino da religião cristã, ministrado aos alunos católicos, constituir-se-á em excelente auxílio da evangelização. É um caminho para a Igreja chegar àqueles que jamais ou raramente entram num templo. Talvez seja um dos meios de pôr em prática a denominada *pastoral urbana*.

Por fim, é crucial frisar a facultatividade da matrícula nesses cursos. Ninguém será compelido a alguma religião. Aliás, a Igreja católica é a instituição que mais defende a liberdade de culto. Entre os documentos do Concílio Vaticano II, há um, a declaração *Dignitatis Humanae*, que discorre expressamente a propósito da liberdade religiosa. Eis a lição dos padres conciliares:

Este Concílio Vaticano declara que a pessoa humana tem direito à liberdade religiosa. Esta liberdade consiste no seguinte: todos os homens devem estar livres de coação, quer por parte dos indivíduos, quer dos grupos sociais ou qualquer autoridade humana; e de tal modo que, em matéria religiosa, ninguém seja forçado a agir contra a própria consciência, nem impedido de proceder segundo a mesma, em privado e em público, só ou associado com outros, dentro dos devidos limites. Declara, além disso, que o direito à liberdade religiosa se funda realmente na própria dignidade da pessoa humana, como a palavra revelada de Deus e a própria razão a dão a conhecer.⁷

6 BORJA, Célio. Art. 11. Constitucionalidade do art. 11 do Acordo Brasil – Santa Sé. In: BALDISSERI, Lorenzo; GANDRA, Ives Filho (Coords.). *Acordo Brasil – Santa Sé Comentado*. São Paulo: LTr, 2012, p. 307.

7 Declaração *Dignitatis Humanae*, nº 2, do Concílio Vaticano II.



4. A assistência espiritual da Igreja aos marginalizados

O artigo 8º do acordo, que passo a comentar, tem por pano de fundo uma advertência expressa de nosso Senhor Jesus Cristo: “Estive doente e me visitastes, preso e viestes ver-me” (Mt 25, 36). Ver no rosto transfigurado do irmão sofredor a própria imagem de Cristo está na essência da religião cristã e, certamente, implica a missão precípua da Igreja católica, fundada por Jesus para proclamar o evangelho, administrar os sacramentos e construir o reino de Deus, consubstanciado numa sociedade justa e fraterna, com vida abundante para a integralidade dos seres humanos (Jo 10, 10).

Dispõe o artigo 8º do acordo bilateral Brasil – Santa Sé:

A Igreja católica, em vista do bem comum da sociedade brasileira, especialmente dos cidadãos mais necessitados, compromete-se, observadas as exigências da lei, a dar assistência espiritual aos fiéis internados em estabelecimentos de saúde, de assistência social, de educação ou similar, ou detidos em estabelecimento prisional ou similar, observadas as normas de cada estabelecimento, e que, por essa razão, estejam impedidos de exercer em condições normais a prática religiosa e a requeiram. A República Federativa do Brasil garante à Igreja católica o direito de exercer este serviço, inerente à sua própria missão.

Acudir as pessoas em situação calamitosa, como nos pede o próprio divino fundador da Igreja católica, é tarefa a ser desempenhada não só pela hierarquia, mas igualmente pelos leigos. Sem embargo, ao longo dos dois mil anos de sua história, a Igreja, sem sombra de dúvida, é a entidade que mais se devotou institucionalmente aos excluídos, inermes e marginalizados. Olhemos para os hospitais, orfanatos, escolas e tantas organizações beneficentes geridas pela Igreja.

Nas prisões, os padres e leigos agentes de pastoral sempre se fizeram presentes. De fato, a pastoral carcerária é atuante e tem levado os sacramentos e a esperança teológica aos presos, resgatando-lhes a dignidade. Por este motivo, as altas partes contratantes não deixariam de lado a proteção jurídica dessa atividade inerente à missão que Jesus confiou à Igreja católica: dar um alento salvífico aos presos e aos internos de um modo geral. Com efeito, observa o professor Paulo G. Gonet Branco:

A religião é reconhecida como algo positivo para a ordem constitucional, que a vincula à busca pelo homem de sua plena realização, no reconhecimento de que o respeito à sua dignidade não prescinde da relevância de sua vocação ao Transcendente. Por isso, justifica-se a colaboração do Estado com as confissões religiosas, com o intuito de viabilizar a consecução dos atos de aproximação do homem das realidades divinas.⁸

O assunto do artigo 8º é tão relevante que, se se perguntasse acerca da possibilidade da perpetração de um pecado mortal por omissão, penso que a resposta seria afirmativa, vez que Jesus explicitamente exclui do paraíso os que se mantiveram passivos diante do sofrimento do próximo: “Apartai-vos de

8 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Art. 8º. Assistência católica aos impedidos de acesso às práticas religiosas. In: BALDISSERI, Lorenzo; GANDRA, Ives Filho (Coords.). *Acordo Brasil – Santa Sé Comentado*. São Paulo: LTr, 2012, p. 279.

mim, malditos, para o fogo eterno, preparado para o Diabo e seus anjos (...) Estive doente e preso e não me visitastes.” (Mt 25, 41 e 43). Realmente, esta parte do evangelho de São Mateus constitui a base bíblica – de direito divino positivo – do artigo 8º do acordo.

Conclusão

O acordo diplomático com a Igreja católica só se tornou factível porque a religião católica é “caso único no planeta!” respaldada por um Estado soberano: a Cidade Estado do Vaticano. O credo evangélico ou protestante, com praticantes tão contraditórios neste torção, não conta com um Estado teocrático ou religioso que lhe dê supedâneo. Daí a impossibilidade de um pacto diplomático ancorado nalgum dos respeitáveis credos da reforma ou em qualquer outra crença eminente: espiritismo, judaísmo, islamismo etc.

Nada obstante, a autoridade brasileira, ao sufragar o tratado ora examinado, não privilegiou a Igreja católica ou a religião católica. O acordo visa a agilizar o intercâmbio e o fluxo de relações, conforme explicamos na introdução, porém, leva em consideração ou parte da premissa da longa presença da Igreja católica neste país⁹ e, destarte, forceja por colocar em andamento preceitos da própria constituição federal.

Encaramos com alegria o Acordo Brasil – Santa Sé, pois ele beneficiará, sim, os católicos, como, por exemplo, ao propiciar a homologação das sentenças eclesásticas de nulidade do matrimônio, mas ele outrossim auxiliará a todos os patrícios, porquanto constitui um instrumento portentoso para “juridicizar” os valores cristãos na sociedade.

Referências bibliográficas

BALDISSERI, Lorenzo. *Diplomacia Pontificia - Acordo Brasil – Santa Sé*, Intervenções. São Paulo: LTr, 2011.

_____; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coords.). *Acordo Brasil – Santa Sé Comentado*. São Paulo: LTr, 2012.

SAMPEL, Edson Luiz. *Resumo de Direito Canônico*. Aparecida: Santuário, 2014.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto e AMARAL, Antônio Carlos R. (Orgs.). *Princípios Constitucionais Fundamentais*. São Paulo: Lex, 2005.

VIER, Frei Frederico (Coord.). *Compêndio Vaticano II: constituições, decretos, declarações*. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

⁹ Este país foi inaugurado ou fundado com uma missa, celebrada aos 26 de abril de 1500, pelo frade franciscano, frei Henrique Soares de Coimbra (vide SAMPEL, Edson Luiz). Os princípios fundamentais da constituição e os valores da sociedade. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto e AMARAL, Antônio Carlos R. (Orgs.). *Princípios Constitucionais Fundamentais*. São Paulo: Lex, 2005, p. 353 e ss.).

Íntegra do Acordo Brasil - Santa Sé

“ACORDO ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A SANTA SÉ RELATIVO AO ESTATUTO JURÍDICO DA IGREJA CATÓLICA NO BRASIL

A República Federativa do Brasil

e

A Santa Sé

(doravante denominadas Altas Partes Contratantes),

Considerando que a Santa Sé é a suprema autoridade da Igreja Católica, regida pelo Direito Canônico;

Considerando as relações históricas entre a Igreja Católica e o Brasil e suas respectivas responsabilidades a serviço da sociedade e do bem integral da pessoa humana;

Afirmando que as Altas Partes Contratantes são, cada uma na própria ordem, autônomas, independentes e soberanas e cooperam para a construção de uma sociedade mais justa, pacífica e fraterna;

Baseando-se, a Santa Sé, nos documentos do Concílio Vaticano II e no Código de Direito Canônico, e a República Federativa do Brasil, no seu ordenamento jurídico;

Reafirmando a adesão ao princípio, internacionalmente reconhecido, de liberdade religiosa;

Reconhecendo que a Constituição brasileira garante o livre exercício dos cultos religiosos; Animados da intenção de fortalecer e incentivar as mútuas relações já existentes;

Convieram no seguinte:

Artigo 1º

As Altas Partes Contratantes continuarão a ser representadas, em suas relações diplomáticas, por um Núncio Apostólico acreditado junto à República Federativa do Brasil e por um Embaixador(a) do Brasil acreditado(a) junto à Santa Sé, com as imunidades e garantias asseguradas pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, e demais regras internacionais.

Artigo 2º

A República Federativa do Brasil, com fundamento no direito de liberdade religiosa, reconhece à Igreja Católica o direito de desempenhar a sua missão apostólica, garantindo o exercício público de suas atividades, observado o ordenamento jurídico brasileiro.

Artigo 3º

A República Federativa do Brasil reafirma a personalidade jurídica da Igreja Católica e de todas as Instituições Eclesiásticas que possuem tal personalidade em conformidade com o direito canônico, desde que não contrarie o sistema constitucional e as leis brasileiras, tais como Conferência Episcopal, Províncias Eclesiásticas, Arquidioceses, Dioceses, Prelazias Territoriais ou Pessoais, Vicariatos e Prefeituras Apostólicas, Administrações Apostólicas, Administrações Apostólicas Pessoais, Missões *Sui Iuris*, Ordinariado Militar e Ordinariados para os Fiéis de Outros Ritos, Paróquias, Institutos de Vida Consagrada e Sociedades de Vida Apostólica.

§ 1º. A Igreja Católica pode livremente criar, modificar ou extinguir todas as Instituições Eclesiásticas mencionadas no caput deste artigo.

§ 2º. A personalidade jurídica das Instituições Eclesiásticas será reconhecida pela República Federativa do Brasil mediante a inscrição no respectivo registro do ato de criação, nos termos da legislação brasileira, vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro do ato de criação, deven-

do também ser averbadas todas as alterações por que passar o ato.

Artigo 4º

A Santa Sé declara que nenhuma circunscrição eclesiástica do Brasil dependerá de Bispo cuja sede esteja fixada em território estrangeiro.

Artigo 5º

As pessoas jurídicas eclesiásticas, reconhecidas nos termos do Artigo 3º, que, além de fins religiosos, persigam fins de assistência e solidariedade social, desenvolverão a própria atividade e gozarão de todos os direitos, imunidades, isenções e benefícios atribuídos às entidades com fins de natureza semelhante previstos no ordenamento jurídico brasileiro, desde que observados os requisitos e obrigações exigidos pela legislação brasileira.

Artigo 6º

As Altas Partes reconhecem que o patrimônio histórico, artístico e cultural da Igreja Católica, assim como os documentos custodiados nos seus arquivos e bibliotecas, constituem parte relevante do patrimônio cultural brasileiro, e continuarão a cooperar para salvaguardar, valorizar e promover a fruição dos bens, móveis e imóveis, de propriedade da Igreja Católica ou de outras pessoas jurídicas eclesiásticas, que sejam considerados pelo Brasil como parte de seu patrimônio cultural e artístico.

§ 1º. A República Federativa do Brasil, em atenção ao princípio da cooperação, reconhece que a finalidade própria dos bens eclesiásticos mencionados no *caput* deste artigo deve ser salvaguardada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem prejuízo de outras finalidades que possam surgir da sua natureza cultural.

§ 2º. A Igreja Católica, ciente do valor do seu patrimônio cultural, compromete-se a facilitar o acesso a ele para todos os que o queiram conhecer e estudar, salvaguardadas as suas finalidades religiosas e as exigências de sua proteção e da tutela dos arquivos.

Artigo 7º

A República Federativa do Brasil assegura, nos termos do seu ordenamento jurídico, as medidas necessárias para garantir a proteção dos lugares de culto da Igreja Católica e de suas liturgias, símbolos, imagens e objetos cultuais, contra toda forma de violação, desrespeito e uso ilegítimo.

§ 1º. Nenhum edifício, dependência ou objeto afeto ao culto católico, observada a função social da propriedade e a legislação, pode ser demolido, ocupado, transportado, sujeito a obras ou destinado pelo Estado e entidades públicas a outro fim, salvo por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, nos termos da Constituição brasileira.

Artigo 8º

A Igreja Católica, em vista do bem comum da sociedade brasileira, especialmente dos cidadãos mais necessitados, compromete-se, observadas as exigências da lei, a dar assistência espiritual aos fiéis internados em estabelecimentos de saúde, de assistência social, de educação ou similar, ou detidos em estabelecimento prisional ou similar, observadas as normas de cada estabelecimento, e que, por essa razão, estejam impedidos de exercer em condições normais a prática religiosa e a requieiram. A República Federativa do Brasil garante à Igreja Católica o direito de exercer este serviço, inerente à sua própria missão.

Artigo 9º

O reconhecimento recíproco de títulos e qualificações em nível de Graduação e Pós-Graduação estará sujeito, respectivamente, às exigências dos ordenamentos jurídicos brasileiro e da Santa Sé.

Artigo 10

A Igreja Católica, em atenção ao princípio de cooperação com o Estado, continuará a colocar suas instituições de ensino, em todos os níveis, a serviço da sociedade, em conformidade com seus fins e com as exigências do or-

denamento jurídico brasileiro.

§ 1º. A República Federativa do Brasil reconhece à Igreja Católica o direito de constituir e administrar Seminários e outros Institutos eclesiásticos de formação e cultura.

§ 2º. O reconhecimento dos efeitos civis dos estudos, graus e títulos obtidos nos Seminários e Institutos antes mencionados é regulado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em condição de paridade com estudos de idêntica natureza.

Artigo 11

A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.

§ 1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

Artigo 12

O casamento celebrado em conformidade com as leis canônicas, que atender também às exigências estabelecidas pelo direito brasileiro para contrair o casamento, produz os efeitos civis, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

§ 1º. A homologação das sentenças eclesiásticas em matéria matrimonial, confirmadas pelo órgão de controle superior da Santa Sé, será efetuada nos termos da legislação brasileira sobre homologação de sentenças estrangeiras.

Artigo 13

É garantido o segredo do ofício sacerdotal, especialmente o da confissão sacramental.

Artigo 14

A República Federativa do Brasil declara o seu empenho na destinação de espaços a fins religiosos, que deverão ser previstos nos instrumentos de planejamento urbano a serem estabelecidos no respectivo Plano Diretor.

Artigo 15

Às pessoas jurídicas eclesiásticas, assim como ao patrimônio, renda e serviços relacionados com as suas finalidades essenciais, é reconhecida a garantia de imunidade tributária referente aos impostos, em conformidade com a Constituição brasileira.

§ 1º. Para fins tributários, as pessoas jurídicas da Igreja Católica que exerçam atividade social e educacional sem finalidade lucrativa receberão o mesmo tratamento e benefícios outorgados às entidades filantrópicas reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, em termos de requisitos e obrigações exigidos para fins de imunidade e isenção.

Artigo 16

Dado o caráter peculiar religioso e beneficente da Igreja Católica e de suas instituições:

I - O vínculo entre os ministros ordenados ou fiéis consagrados mediante votos e as Dioceses ou Institutos Religiosos e equiparados é de caráter religioso e portanto, observado o disposto na legislação trabalhista brasileira, não gera, por si mesmo, vínculo empregatício, a não ser que seja provado o desvirtuamento da instituição eclesiástica.

II - As tarefas de índole apostólica, pastoral, litúrgica, catequética, assistencial, de promoção humana e semelhantes poderão ser realizadas a título voluntário, observado o disposto na legislação trabalhista brasileira.

Artigo 17

Os Bispos, no exercício de seu ministério pastoral, poderão convidar sacerdotes, membros de institutos religiosos e leigos, que não tenham nacionalidade brasileira, para servir no

território de suas dioceses, e pedir às autoridades brasileiras, em nome deles, a concessão do visto para exercer atividade pastoral no Brasil. § 1º. Em consequência do pedido formal do Bispo, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, poderá ser concedido o visto permanente ou temporário, conforme o caso, pelos motivos acima expostos.

Artigo 18

O presente acordo poderá ser complementado por ajustes concluídos entre as Altas Partes Contratantes.

§ 1º. Órgãos do Governo brasileiro, no âmbito de suas respectivas competências e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, devidamente autorizada pela Santa Sé, poderão celebrar convênio sobre matérias específicas, para implementação do presente Acordo.

Artigo 19

Quaisquer divergências na aplicação ou interpretação do presente acordo serão resolvidas por negociações diplomáticas diretas.

Artigo 20

O presente acordo entrará em vigor na data da troca dos instrumentos de ratificação, ressalvadas as situações jurídicas existentes e constituídas ao abrigo do Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890 e do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé sobre Assistência Religiosa às Forças Armadas, de 23 de outubro de 1989.

Feito na Cidade do Vaticano, aos 13 dias do mês de novembro do ano de 2008, em dois originais, nos idiomas português e italiano, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Celso Amorim
Ministro das Relações Exteriores

PELA SANTA SÉ
Dominique Mamberti
Secretário para Relações com os Estados”

O ciclo PDCA aplicado às rotinas administrativas e processuais do Poder Judiciário



Murilo Alves de Carvalho

Bacharel e Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Público pela Universidade Leonardo da Vinci. Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo.

RESUMO: Desde o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, passou a ser um direito fundamental do cidadão brasileiro a duração razoável dos processos em que este figure como parte, sejam os processos administrativos ou judiciais. Sucedâneo à inovação do texto constitucional e com base nesta, sobrevieram diversos programas e iniciativas com o desiderato de dotar os processos administrados pelo Poder Público de eficiência e eficácia, como o pregão eletrônico, o processo judicial eletrônico e o incentivo à conciliação. Entretanto, a morosidade ainda assola os órgãos públicos e os tribunais, de modo que demandas simples, por vezes, arrastam-se por décadas. E a mudança do texto legal exige iniciativa e vontade política, predados nem sempre consensuais entre os parlamentares brasileiros. Com efeito, tem este trabalho o objetivo de apresentar a possibilidade de utilização de, dentre muitas ferramentas administrativas e de gestão, uma das mais instrumentais e de fácil aplicação pela administração pública, notadamente o Poder Judiciário, qual seja o ciclo PDCA.

PALAVRAS-CHAVE: gestão judiciária, eficiência, Poder Judiciário, Conselho Nacional de Justiça, ciclo PDCA.

ABSTRACT: Since the advent of Constitutional Amendment nº 45 of 2004, reasonable length of proceedings has become a fundamental right of Brazilian citizens to be a party, whether administrative or judicial. Replacer innovation of the Constitution and based on this innovation, came upon several programs and initiatives with the objective to provide the processes administered by the Government of efficiency and effectiveness, such as electronic trading, electronic judicial process and encouraging reconciliation. However, delays still plaguing the public agencies and the courts, so simply demands sometimes drag on for decades. And the change of the legal procedural text demand initiative and political will, predicates not always consensus among Brazilian parliamentarians. Has this text in order to present the possibility of using, among many administrative and management tools, one of the most instrumental and easy to use by the public administration, notably the judiciary, the PDCA cycle.

KEYWORDS: judicial management, efficiency, Judiciary, National Council of Justice, PDCA cycle.

Introdução

Em 12 de maio de 2016, o então Vice-Presidente Michel Miguel Elias Temer Lulia assumiu interinamente a Presidência da República Federativa do Brasil (mas já com um viés de perenidade), após um escândalo de corrupção devastar o poder constituído e a classe política da situação.

Entretanto, a corrupção é apenas um dos problemas no Brasil. Grassa no país um universo de obras inacabadas, serviços públicos ineficientes, superfaturamento de compras e a total ineficiência dos órgãos de controle, não obstante a existência dos mais diversos equipamentos legais e administrativos para se bem administrar a coisa pública.

Em seu discurso de posse, o recado dado pelo, à época, Vice-Presidente foi bem claro: haveria de se lograr eficiência na condução do Estado brasileiro. A expressão “Democracia da Eficiência” deveria ser praticamente um mantra, repetido quase que mecanicamente, ao se promover processos de compra e licitações, auditorias, execução de rotinas de controle interno e externo e verificação de resultados ao fim de processos e procedimentos, notadamente os administrativos e os relacionados aos gastos públicos. E certo seria também que todas as esferas de Poder

haveriam de se envolver nesta empresa, que teria o desiderato de enxugar a máquina pública, em gastos e em rotinas, aparando-se as arestas, combatendo os desperdícios de material físico, humano e de tempo, e deixando o Estado mais “magro” para que, ao fim e ao cabo, se possa bem prestar o seu serviço ao seu cliente, o cidadão.

Mas como estes objetivos se espraíariam ao Judiciário? Um dos mais importantes Poderes da República, único apto a resolver as lides a ele levadas com força de definitividade, constituído quase que exclusivamente por servidores públicos concursados, é notoriamente um dos serviços mais caros e lentos do país, onde se encontram, sem grandes dificuldades, demandas judiciais do tempo da escravidão negra. Processos em que muitas vezes se discutem questões simples de posse chegam a perdurar por décadas até uma solução final. E, não raras vezes, as decisões proferidas pelos magistrados beiram ao desastre, seja por eventual atecnia do julgador, seja por erros de processamento, seja porque, dado o tempo em que uma ação vaga pelas instâncias, ela deixa de ser relevante pela perda do objeto ou pela prescrição.

Não poderia o Poder Judiciário restar apartado deste objetivo comum que, notadamente agora, todo o país comunga, e cer-

tamente novos equipamentos destinados à busca da eficiência nas rotinas processuais e procedimentais haverão de ainda ser implantados. Mas, mister se faz ressaltar que a busca pela eficiência do Poder Judiciário – e aqui enfatizaremos o Poder Judiciário Federal – *não é nova*. Há pelo menos dezoito anos, os legisladores e administradores da justiça perseguem soluções para que se entregue ao jurisdicionado, que busca e necessita dos seus serviços, uma prestação de serviços direta, acessível e célere, com uma decisão eficaz, efetiva e perene às lides apresentadas, em um espaço exíguo de tempo. Assunto o qual, a partir deste momento, nos atreveremos a manejar.

A morosidade do Judiciário e suas causas

O Poder Judiciário Brasileiro parece algo que foi feito exclusivamente para não funcionar. Em contraposição a um equipamento jurídico/legal considerado dos mais modernos do mundo, posta-se a frente um sistema administrativo e procedimental falho e destituído de material físico e humano para movimentá-lo.

Com efeito, num sistema processual repleto de garantias, num sistema legal material inovador, com legislações específicas para o consumidor, para o trabalho, para a matéria eleitoral, aparentemente inexistente uma força física para levar tais benefícios e modernidades ao cidadão que, não raro, desconhece seus direitos. E, quando os conhece, não sabe ou não consegue manejá-los, por vezes pela dificuldade de obter orientação e até mesmo acesso a um advogado do Estado, para o que, antes, deverá ficar horas numa fila interminável defronte a uma defensoria pública, numa clara obstacularização do acesso à justiça. E, ainda, se obter sucesso em intentar sua demanda, esta provavelmente levará anos para ser decidida, justamente por conta da lentidão no processamento das causas e de entraves administrativos e processuais. Nas

palavras de Vladimir Santos Vitovski:

Pode-se observar, portanto, que a terminologia “acesso ao direito e à justiça” inclui para Pedroso (PEDROSO, 2011, P. 5), desde o conhecimento e consciência do(s) direito(s) à facilitação do seu uso, à representação jurídica e judiciária por seus profissionais, mas também incluía a resolução judicial e não judicial dos conflitos, ou seja, o acesso à pluralidade de ordenamentos jurídicos e de meios de resolução de litígios existentes na sociedade.¹

Congruente a este pensamento, conclui Antônio Adonias Aguiar Bastos, no compêndio *A reforma do judiciário*:

Neste prisma, tornou-se obsoleta a constatação de que o direito de ação do indivíduo corresponde somente ao dever do Estado de exercer a atividade jurisdicional. O direito de acessar a ordem jurídica justa exige uma prestação qualificada.²

Motivos para a lentidão não faltam: escassez de investimentos, de juízes e servidores, de instalações físicas e até mesmo a própria estrutura do Poder Judiciário vertem para a ineficácia do serviço. Não raras vezes, os próprios litigantes se valem do Poder Judiciário para eternizar suas obrigações e se furtarem a cumpri-las. Conforme mencionado por Pierpaolo Cruz Bottini e Sérgio Renault:

Efetivamente, pode-se perceber a existência de uma litigância excessiva de órgãos públicos e privados que, muitas vezes, utilizam o poder judiciário para

1 VITOVSKI, Vladimir Santos. O acesso à justiça no novo Código de Processo Civil. *Revista CEJ* – Conselho de Justiça Federal, Brasília, ano XIX, n. 67, set./dez. 2015, p. 9.

2 BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do Poder Judiciário: uma desmistificação. In: DIDIER JR., Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali (Coords.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

postergar litígios já decididos ou pacificados nos tribunais, beneficiando-se da morosidade e avolumando o número de processos repetitivos que tratam das mesmas questões de direito, e ocupam boa parte do tempo dos magistrados. Basta frisar que, em 2004, apenas 45 teses jurídicas foram responsáveis por 58% dos processos classificados no Supremo Tribunal Federal, segundo estatísticas do próprio órgão.³

Os administradores – servidores e magistrados das plúrimas instâncias, comarcas e seções judiciárias do país – conhecem o problema e, dentro das possibilidades e do alcance de suas atribuições, buscam maneiras – por vezes até prosaicas – para a prestação ininterrupta e, tanto quanto possível, eficiente do serviço. Mesmo antes do advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o Poder Judiciário buscava, em outras ciências, soluções para o problema da morosidade processual, capacitando os servidores em cursos voltados à gestão administrativa, ao combate ao desperdício e à implantação e incremento de sistemas de controle interno – e também externo – por meio da apuração e certificação dos procedimentos pelo sistema da *International Organization of Standardization*, ou simplesmente, ISO.

Cumprir ressaltar que, no passado, a aferição da boa prestação dos serviços jurisdicionais cabia exclusivamente aos tribunais, por meio de suas corregedorias, que estabeleciam correções e inspeções bienais, e a verificação apenas formal dos autos, sem critérios claros e sem metas de produção.

Entretanto, com o advento das Emendas Constitucionais nº 19 de 1998 e nº 45 de 2004, restou constitucionalmente plasmada a necessidade de dotar os processos e procedimentos, administrativos ou judiciais, sob a esfera e atribuição do Poder Judiciário,

de eficiência e de uma razoável duração. Desiderato que, em verdade, se espalhou para diversos outros ordenamentos jurídicos processuais surgidos no Brasil desde então.

Os primórdios da busca pela gestão eficiente da máquina pública

Data de idos de 1997, a lavra do Programa da Qualidade e Participação na Administração Pública, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, composto por diretivas reunidas num compêndio denominado como “Caderno MARE”.

De seus dispositivos, extrai-se com facilidade a conclusão de que a coisa pública deve ser gerida balizada por valores que privilegiem a eficiência e a eficácia, introduzindo na máquina estatal valores até então íntimos somente da ciência gerencial. E não se olvidando, por óbvio, das vicissitudes, princípios e peculiaridades próprias da administração pública. Consta de seu texto introdutório:

O esforço de sua implementação assume na Administração Pública Federal caráter estratégico, em razão de seu fundamento básico que é o de gerar benefícios para todas as instâncias da sociedade: aos cidadãos, propiciar uma melhor qualidade de vida, ao setor produtivo, assegurar a infra-estrutura necessária ao seu funcionamento e desenvolvimento; aos servidores públicos, proporcionar melhores condições de trabalho, incluindo oportunidades de participação e reconhecimento e, finalmente, aos órgãos públicos, possibilitar o resgate de sua legitimidade, perante a sociedade, como a instância responsável pela manutenção do bem estar social e pelo desenvolvimento auto-sustentado do país.⁴

3 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; RENAULT, Sérgio. Os caminhos da reforma. *Revista do Advogado*, ano XXVI, n. 85, maio 2006, p. 8.

4 BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Programa da qualidade e participação na administração pública*. Brasília: MARE, 1997, p. 9.

Em verdade, o trabalho supramencionado é um convite a uma mudança cultural: os princípios e paradigmas que norteiam a administração pública devem, pois, ser revisitados e, sem muita timidez, alterados com vistas a uma boa gestão pública. A mudança passa inclusive pela nomenclatura a ser aplicada: de público a ser atendido, passa-se para a denominação de “cliente”. O servidor com cargo de direção passa a ser “gestor”. E acentua-se a ideia de que se faz necessário conduzir os órgãos estatais em direção ao alcance de objetivos e metas, fazendo-se o uso de estratégias reconhecidamente eficientes, avaliação periódica dos resultados e ajustes dos itens eventualmente em desconformidade.

Sucedâneo ao “Caderno MARE”, houve o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, plasmando de forma indelével o princípio da eficiência no texto constitucional:

Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Com efeito, desde antes do advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a eficiência dos serviços públicos tem força constitucional, pelo menos desde 1998, aí também abrangidos os serviços de prestação jurisdicional da Administração Direta, única apta a, conforme prefalado, ofertar ao cidadão soluções definitivas para as suas lides. Nas palavras de Lucia Valle Figueiredo:

Na verdade, o novo conceito de Administração Gerencial, de “cliente” em lugar de administrado, o novo “clichê” produzido pelos reformadores, fazia-se importante, até para justificar perante o país perante as mudanças constitucio-

nais pretendidas, trazer ao texto o princípio da eficiência.⁵

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 19 pavimentou o caminho legislativo para que outros equipamentos jurídico-legais fossem implementados, com o objetivo de tornar os processos administrativos e judiciais mais céleres, mais úteis e menos dispendiosos em sua execução, deixando de frustrar as expectativas do jurisdicionado que procura este serviço.

As inovações trazidas por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004

Eis que surge a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, numa tentativa de transformar o Poder Judiciário, à época moroso e ineficiente (inobstante a qualificação de seus membros e servidores), em um serviço público ágil, célere e cumpridor de suas finalidades. Nas palavras do, então, Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, prefaciando a obra *Reforma infraconstitucional do judiciário* – arquitetada com apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento:

A reforma do judiciário é um tema prioritário para o Ministério da Justiça, por sua amplitude e por seus impactos para a sociedade. Apenas um sistema judicial acessível, ágil e transparente é apto a consolidar um Estado Democrático de Direito e para responder às expectativas dos cidadãos sobre os instrumentos de solução de seus litígios.⁶

Pretendeu-se transformar o direito do cidadão, quando ao buscar socorro no Poder Judiciário, em um direito fundamental à

5 FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 60.

6 BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário. *Reforma infraconstitucional do judiciário*. Brasília: PNUD, 2007, p. 5.

obtenção de uma resposta do Estado às suas angústias, com força de perenidade, na medida em que, de forma clara, dispõe a Emenda Constitucional nº 45/2004 ao incluir o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º: (...)

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

Muito se debateu na doutrina acerca da plausibilidade da aplicação deste direito fundamental, que não poderia ser concretizado tão somente por meio da inserção de um novo dispositivo na Constituição. Nas palavras de Zélio Maia da Rocha:

Este novo preceito constitucional já nasce morto, como tantos outros incisos da constituição (o que trata do Mandado de Injunção, por exemplo), pois não será por sua previsão que os Tribunais e Juízes irão acelerar os processos em curso. Há evidente demagogia, porquanto busca apenas efeito político (senão eleitoreiro).⁷

Olvida-se o autor, no entanto, primeiramente, de que um mandamento constitucional situa-se acima dos interesses e pretensões particulares. E, segundo, que o texto constitucional não atribuiu a busca pela celeridade no Poder Judiciário apenas aos juízes e tribunais. Inobstante os tribunais sejam presididos e administrados por juízes, os atos materiais, tanto de administração como de processamento de autos, são executados por servidores e diversos colaboradores (peritos, contadores, etc.). Em verdade, o Poder Judiciário é um conjunto de equipamentos e pessoas – juízes,

colaboradores e servidores – destinado a bem prestar o serviço público jurisdicional.

Com efeito, o mandamento legal, agora expressamente previsto em nossa Lei Ápice, não conduz apenas o tribunal, ente abstrato, ou o magistrado, precipuamente um julgador e não um administrador, a bem prestar o serviço jurisdicional. Servidores, colaboradores, peritos, advogados e, inclusive, as próprias partes litigantes, todos devem verter para uma solução célere e justa às lides. Bem observa Ivo Barcelos da Silva:

Evidentemente, o elemento mais precioso na consecução dos fins de qualquer organização, estatal ou não, é a estrutura humana, que dá suporte ao alcance das metas e objetivos traçados.⁸

Ademais, mesmo a prática de atos processuais por delegação pelos magistrados aos servidores também foi observada na supracitada Emenda Constitucional com a inclusão do inciso XIV ao artigo 93 da Constituição Federal, inobstante previsão já existente no ordenamento processual civil de 1973. Lembra-nos de forma crítica Zélio Maia da Rocha:

O art. 162 do CPC já previa tal possibilidade, e, quanto a isso, não havia qualquer inconstitucionalidade em tal preceito normativo. Esse tema não é matéria constitucional, sendo alçada a tal patamar apenas pelo exacerbado amor de nosso constituinte em ver tudo na Constituição, mesmo que sabidamente desmotivado. A única inovação com relação ao CPC foi a inserção da previsão de prática de atos de administração, ou seja, atos administrativos do juízo, sendo que sua veiculação por normatização infraconstitucional bastaria para atender ao princípio da legalidade.⁹

7 ROCHA, Zélio Maia da. *A reforma do judiciário*. Uma avaliação jurídica e política. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19.

8 SILVA, Ivo Barcelos da. A motivação dos juízes e servidores como técnica de eficiência. *Revista CEJ – Conselho de Justiça Federal*, Brasília, ano VIII, n. 24, jan./mar. 2004, p. 44.

9 ROCHA, Zélio Maia da. *A reforma do judiciário*. Uma avaliação jurídica e política. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49.



De forma que a celeridade nos processos – aqui notadamente os judiciais – é um objetivo a ser alcançado por todos os operadores do Direito, por todas as formas “em Direito admitidas”, algumas das quais o talento do magistrado como julgador é menos relevante, prevalecendo os predicados do julgador (ou servidor) com habilidades de administrador, com a utilização de ferramentas muito comuns à ciência da administração.

O advento do Conselho Nacional de Justiça

Conforme já mencionado neste artigo, antes das inovações da Emenda Constitucional nº 45, de fato, cabia exclusivamente aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais a tarefa de fiscalizar os trabalhos das secretarias administrativas e acervo das varas judiciais, mas apenas muito eventualmente buscava-se o fim de dotá-las de celeridade e eficiência, traçando-se diretrizes para atingir estes objetivos.

A partir da mencionada inovação em nossa Lei Suprema, fica constitucionalmente estabelecida a imperiosidade de dotar o serviço público jurisdicional de celeridade, eficiência e, por que não dizer, de prestabilidade aos processos pois, não raras vezes, as decisões judiciais acerca dos casos levados ao Poder Judiciário eram exaradas

quando a lide sequer possuía mais o seu objeto. Bem assevera Rosângela do Carmo Oliveri, na defesa de sua tese de mestrado:

As providências se justificam, caso se considere, com apoio em pensadores como Joaquim Falcão, que o Judiciário é um sistema em que há mais demanda do que oferta; ou seja, há mais conflitos a enfrentar do que os meios para emitir sentenças. A demanda se perde no sistema e a demora na prestação jurisdicional leva ao descontentamento da sociedade com relação ao Judiciário. A morosidade passa a ser um dos principais problemas a combater.¹⁰

E, assim, tivemos o advento do processo judicial eletrônico, a modernização dos sistemas administrativos e do parque operacional das varas, secretarias, cartórios e gabinetes, a conscientização e capacitação de servidores e magistrados, e foram determinadas metas a serem alcançadas pelas varas, no que concerne à quantidade de processos definitivamente julgados. Até mesmo a arquitetura das instalações foi influenciada, com a utilização de estações de trabalho e a concentração das edificações administrativas e jurisdicionais próximas uma das outras.

Forçoso se faz também ressaltar a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de caráter administrativo do Poder Judiciário. Com um viés fiscalizador e promotor de valores como a eficiência e a transparência, tem também entre as suas finalidades avaliar formas de melhoria da prestação do serviço jurisdicional, além de julgar processos disciplinares movidos em desfavor de magistrados, servidores, auxiliares da justiça e inclusive órgãos inteiros do Poder Judiciário. Qualquer cidadão pode acionar o CNJ para dirigir reclamações ou até

¹⁰ OLIVIERI, Rosângela do Carmo. *Autos eletrônicos na Justiça Federal da 2ª Região: a contribuição do processo eletrônico na redução do tempo de tramitação dos processos*. Dissertação (mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2010, p. 20.

mesmo sugestões, sem a necessidade de um advogado para tanto.

Não obstante, ressalte-se que o CNJ *não tem caráter jurisdicional*. Principalmente porque, haja vista o fato de o CNJ representar uma das formas de “contrapeso” à relevância do Judiciário enquanto Poder dotado de autonomia e independência – valores sempre muito caros em uma República –, poderiam suas atividades restar prejudicadas ou até mesmo inviabilizadas se o caráter de otimização do CNJ fosse travestido para, tão somente, um caráter punitivo e de fiscalização de um Poder sobre o outro. Nas palavras de Zélio Maia da Rocha:

Nos debates políticos que antecederam a elaboração da emenda, muito se discutiu se o Conselho Nacional de Justiça (o denominado órgão de controle externo do judiciário) constituiria um órgão de feição política. A emenda procurou tirar ao máximo tal natureza; apesar de ele contar em sua composição inclusive com cidadãos e advogados, entendeu o constituinte por colocá-lo no rol de órgãos do Poder Judiciário.¹¹

De forma que, desde 2004, o país conta agora com um equipamento próprio para, não só promover a celeridade na prestação jurisdicional, como também fiscalizar sua boa execução.

As inovações do Poder Judiciário

Dada a dificuldade de alteração do meio como se dá o processo judicial e administrativo no Poder Judiciário – regidos pelos Códigos de Processo Civil e Penal e por leis especiais como a Lei nº 9.784 de 1999 (Lei do Processo Administrativo) e Lei nº 8.666 de 1993 (Lei de Licitações) –, passaram a contracenar, juntamente com os juízes e desembar-

gadores, servidores com conhecimento das ferramentas da ciência da administração, notória pelos predicados de eficiência, eficácia e efetividade dos procedimentos e resultados, bem como pela contenção dos desperdícios.

Das iniciativas apresentadas, muitas foram de relevante aplicabilidade, como a capacitação de servidores por meio de cursos de implantação de metodologias como o “5S”, a aplicação do sistema de gerenciamento interpessoal por meio da inteligência emocional e, mais recentemente, a utilização do sistema de metas preestabelecidas para o julgamento das lides – assunto a ser tratado ainda neste texto. Infelizmente, outras formas de tentar lograr eficiência foram infrutíferas, como a tentativa de implantação do sistema “S3R” no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Entretanto, em consonância com as diretrizes implementadas pelo CNJ, os tribunais passaram a adequar seus procedimentos internos para dotar os processos e procedimentos judiciais de padronização e celeridade como, por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por meio do Provimento CORE nº 64, de 28 de abril de 2005.

Mas uma das maiores inovações no sentido de lograr celeridade nos atos judiciais foi, de fato, o advento e a possibilidade do processo judicial eletrônico. É cediço que uma das maiores chagas do processo judicial é o papel. Demanda-se muito mais tempo para se manejar petições, ofícios, certidões diversas, juntadas, carimbos infinitos e toda sorte de impressos, do que efetivamente para se proceder à análise de documentos e tomada de decisões. De forma que, por meio da Lei nº 11.419 de 2006, surge, em boa hora, a possibilidade de usar a tecnologia para avançar em direção à eficiência no Poder Judiciário. Comemora Petrônio Calmon:

Finalmente o futuro chegou! Quem poderia imaginar, há poucos anos, que o grande peso da justiça poderia desaparecer? Mas agora será possível. Os au-

11 ROCHA, Zélio Maia da. *A reforma do judiciário*. Uma avaliação jurídica e política. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 30.

tos acabaram. Ou melhor, acabaram os autos de papel, sendo substituídos por autos digitais, todos produzidos eletronicamente, guardados única e exclusivamente na memória dos computadores. Na linguagem moderna, trata-se apenas de uma nova mídia. Nova e estranha. Tão diversa do papel, com que todos estavam acostumados, quanto esse papel foi considerado estranho e diferente das mídias a ele anteriores.¹²

Ainda assim, dada a alta cultura de litigiosidade do sistema brasileiro, mesmo as novidades legislativas iniciadas pela Emenda Constitucional nº 45, a capacitação e o comprometimento de servidores e operadores, o advento do processo judicial informatizado e dos pregões eletrônicos, todo este conjunto de iniciativas – indiscutivelmente bem-vindo – ainda não se mostrou suficiente para auferir a celeridade processual almejada. Necessário algo mais, entrando em cena o convite e a possibilidade de utilização de ferramentas e procedimentos próprios da administração de empresas para o manejo dos processos administrativos e judiciais.

A ferramenta do PDCA – *Plan, Do, Check, Act*

Dentro das orientações adotadas para a implementação do Programa da Qualidade e Participação na Administração Pública (o já mencionado “Caderno MARE”, de 1997), consta, expressamente, nas diretrizes de adesão, a indicação da adoção do “ciclo de melhoria contínua”, conhecido pela sigla “PDCA” – *Plan, Do, Check, Act*.

Dito em poucas palavras, o ciclo PDCA é um método interativo de gestão de quatro passos, utilizado para o controle e melhoria contínua de processos e produtos. Adota também outras denominações sinônimas,

como ciclo de *Deming* – numa clara referência a Willian Edwards Deming, um de seus maiores propaladores –, ciclo de *Shewhart* – remetendo a denominação desta vez a Walter Andrew Shewhart, tido como o “pai do controle estatístico e criador do ciclo PDCA –, ciclo de controle ou PDSA (*plan-do-study-act*). Outra versão do ciclo PDCA é o OPDCA, onde a letra agregada “O” significa observação.

Em verdade, o ciclo PDCA poderia ser tão somente mais uma das filosofias e modos de execução de clássica aplicação no meio administrativo, empresarial e industrial – a exemplo do que, no passado, foi o sistema de produção em série chamado de “fordismo”, os métodos de estoque denominados “just in time” e, mais recentemente, o conjunto de métodos mais abrangente e conglobante denominado “toyotismo”.

Mas o método de administração com observância ao ciclo do PDCA possui um diferencial: a possibilidade de aferição e reparação de não conformidades dentro de um mesmo ciclo, num processo de melhoria contínua dos resultados. Muito se assemelha à filosofia japonesa “kaizen” – o processo de melhoria dia após dia. Entretanto, o ciclo PDCA “amarra” o fim de uma sequência de atos ao início da próxima que, ao fim de um determinado período de aferição, remeterá novamente ao início do processo, devendo os resultados se perfazerem cada vez mais satisfatórios que os observados anteriormente, sendo este processo cíclico o diferencial do sistema de gestão de processos PDCA. Nas palavras de Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas:

Dentre tais técnicas ou métodos, revela-se importante a identificação do Ciclo PDCA (também dito Ciclo da Melhoria Contínua, Ciclo de Shewhart, Ciclo de Deming ou Método Gerencial Básico de Qualidade) – idealizado desde a década de 1930 e cuja utilização foi fomentada na década de 1950, no Japão do pós-guerra –, e seus respectivos termos (Planejamento, Execução, Controle

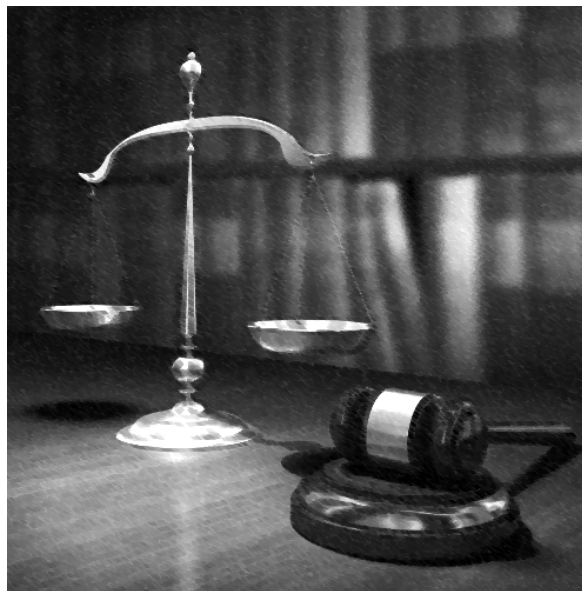
¹² CALMON, Petrônio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 95.

e Avaliação), incrementado pelas hodiernas técnicas trazidas do modelo baseado no Guia PMBOK - Project Management Body of Knowledge, com as etapas de concreção das políticas públicas nas avenças administrativas a serem observadas pelo fiscalizador (Poder concedente regulamentador, reguladores autônomos e institucionais e a população em controle social) e pelo dito “Agente 67”, gestor eleito pela Administração Pública durante todo o processo administrativo em que o contrato se configura e desenvolve.¹³

Com efeito, tem-se, então, à disposição um equipamento que, embora de efeitos conhecidos e até corriqueiros nos sistemas de produção privados, pode causar uma verdadeira revolução na máquina pública, ancorada pelo excesso de estamentos e regras positivadas, que nem mesmo o pós-positivismo constitucional logrou êxito em superar. Sim, pois, não obstante os comemorados méritos da inserção, por meio da Emenda Constitucional nº 19, da eficiência como um dos princípios da administração pública, necessário se faz instrumentalizar, dotar o ente público de meios para executar os processo e as rotinas com a almejada celeridade e êxito, em igualdade de condições com a velocidade e complexidade que os problemas se apresentam.

O encontro da ferramenta administrativa de gestão “PDCA” e os objetivos do Poder Judiciário

Em primeiro de julho de 2014, por meio da Resolução nº 198, o CNJ demonstrou que continuará a adotar o regime de



metas para aferir a produtividade de juízes e tribunais em todo o país, no período compreendido entre 2015 - 2020, de forma a sintetizar axiomas a serem observados na prestação jurisdicional, e estabelecer métodos e estratégias de governança para magistrados e servidores, tudo com vistas ao alcance do desiderato de dotar os serviços que o Poder Judiciário presta de eficiência, eficácia e efetividade. *Ab initio*, menciona o referido texto legal:

Art. 1º. Instituir a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2015/2020 – Estratégia Judiciário 2020 – aplicável aos tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal e aos Conselhos da Justiça, nos termos do Anexo, sintetizada nos seguintes componentes:

- a) Missão;
- b) Visão;
- c) Valores;
- d) Macrodesafios do Poder Judiciário.

A importância das metas estabelecidas pelo CNJ já vinham reverberando positivamente junto aos operadores do Direito, magistrados, procuradores e advogados. Nas palavras de José Ricardo Pereira:

¹³ DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 16, n. 65, 2016. Disponível em: <<http://www.revista-aec.com/index.php/revistaec/article/view/267>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

A partir do novo modelo constitucional, que coloca o Conselho Nacional de Justiça no ápice da estrutura administrativa do Poder Judiciário, verifica-se a adesão de referido órgão de cúpula ao modelo de administração pública gerencial com a institucionalização do Planejamento Estratégico, que ocorreu com a edição das Resoluções nº 49 e 70, as quais fixaram as diretrizes básicas para elaboração de Planejamento Estratégico no Poder Judiciário Nacional.¹⁴

Também ressalta a importância do planejamento com o estabelecimento de objetivos e metas – notadamente na seara administrativa –, João Luiz Martelli Moreira, com base em sua experiência no exercício da magistratura estadual catarinense:

O planejamento tem por finalidade tornar mais eficiente a gestão dos projetos (melhorias, manutenção e ampliação dos serviços ou obras) do Poder judiciário Catarinense. O objetivo é alcançado por meio de metodologia de planejamento, que envolve número expressivo de colaboradores em todas as etapas do projeto: concepção, desenvolvimento, controladoria e conclusão. A ampla participação propicia aos gestores uma visão holística da instituição, elevando, desta forma, os níveis de responsabilidade sobre prazos, recursos e qualidade.¹⁵

De forma que, aos princípios já plasmados e homenageados em nossa Constituição Federal, somam-se elementos como missão, visão, valores, macrodesafios, bem como metodologias de execução baseadas em metas

preestabelecidas e avaliações periódicas.

Tais vetores inauguram um novo modelo de administração dos processos e procedimentos jurisdicionais, o modelo de *gestão judiciária*. Diz respeito à aplicação de metodologias de trabalho, por vezes inspiradas em outras ciências, exatas ou humanas (como, por exemplo, a estatística e a administração), para que se obtenham resultados quantitativos e qualitativos. Menciona com pertinência Wanderlei José dos Reis:

A gestão judiciária é, em outras palavras, o grupo ou aparato de medidas postas à disposição dos magistrados para garantir a plena afetação de todos os recursos disponibilizados pelo Judiciário com a finalidade precípua de se alcançar um serviço judiciário de qualidade e, por corolário, uma entrega da prestação jurisdicional célere, eficaz e efetiva. Visa otimizar o funcionamento de todo o aparato judiciário da unidade, com tomada de decisões focadas na missão primeira da instituição que é a de realizar justiça, não se limitando, como pensam alguns, à simples aplicação justa e correta do orçamento do Poder.¹⁶

Notadamente, para os processos judiciais, adotou-se o sistema de metas anuais, na qual, neste hiato de tempo de um ano ou exercício, devem ser julgados (sentenciados ou decididos em instância superior) processos distribuídos até determinada data. No entanto, a maior novidade não foi esta: as inspeções e correições, antes instrumentos que tinham tão somente a finalidade de aferir o acervo das varas e gabinetes, agora verificam a *qualidade e celeridade* dos feitos processuais, administrativos ou judiciais.

Ora, o que é a adoção de tais medidas pelo CNJ, senão a aplicação do ciclo PDCA às rotinas e procedimentos processuais da Jus-

14 PEREIRA, José Ricardo. *O ciclo PDCA na prática, a experiência da Vara Federal e JEF Criminal Adjunto de Lajeado*. Disponível em: <http://ead-desenv.trf4.jus.br/pluginfile.php/5700/mod_book/chapter/337/O%20Ciclo%20PDCA%20na%20pr%C3%A1tica.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016.

15 MOREIRA, João Luiz Martelli. *Projetar o futuro e planejar o presente: receita de sucesso do Judiciário de Santa Catarina*. *Revista CEJ – Conselho de Justiça Federal*, Brasília, ano VIII, n. 24, jan./mar. 2004, p. 31.

16 REIS, Wanderlei José dos, *Juiz Gestor – um novo paradigma*. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=215>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

tiça Federal? Pois, a partir do momento em que o Poder Judiciário adota a observância de etapas, de forma vinculada umas às outras, com o fim de promover a otimização dos meios de manejo processual e o alcance dos objetivos esperados, nada mais fez do que adequar a aplicação da homenageada ferramenta administrativa às rotinas processuais. Só não nomeou. Senão, vejamos:

- **PLAN** – Esta fase se dá com a eleição das chamadas “metas” que deverão ser atingidas, que o CNJ informa para as varas e tribunais. Referida escolha ocorre durante encontros de juízes e tribunais de todo o país, não se restringindo a objetivos tão somente quantitativos, mas também qualitativos e específicos, como o bom combate à corrupção;

- **DO** – Neste momento situa-se geralmente o interstício bienal, na qual as varas e gabinetes operam de forma a atingir as metas estabelecidas pelo CNJ, ora fazendo uso de forma vinculante das ferramentas ofertadas pelo Poder Público – como o processo judicial eletrônico e o pregão eletrônico –, ora de forma livre com aplicativos de otimização de seus trabalhos, como o estabelecimento de metas setoriais e a utilização de padrões de qualidade internacionais como o *ISO*;

- **CHECK/STUDY** – Neste momento se opera a verificação de resultados de forma oficial pela autoridade ou órgão responsável para este fim, de forma que, em se tratando de Poder Judiciário, na inspeção, a autoridade da vara ou gabinete realiza a aferição das metas alcançadas e o progresso dos trabalhos em andamento, e, na correção, um órgão externo à vara ou gabinete – geralmente as corregedorias dos tribunais – realiza esta verificação. Ressalte-se que, contemporaneamente a este momento de conferência, são apontadas as irregularidades, as desconformidades e os meios de saneamento (correspondendo à fase denominada “*Study*”);

- **ACT** – Última fase do ciclo, são postas em prática as decisões extraídas da fase anterior, no sentido de corrigir as desconformida-

des e ajustar os procedimentos, com o objetivo de atingir as metas apontadas pelo CNJ.

Com efeito, ainda que não nomeie desta forma, o conjunto de procedimentos organizados para a consecução dos processos administrativos e judiciais, na seara do Poder Judiciário, *é o ciclo PDCA de forma aplicada*. São posturas previamente determinadas, que o gestor adota em sua lavra, avaliando os resultados auferidos e promovendo os ajustes de rota necessários, num círculo virtuoso, enriquecedor e logrador de atingir os objetivos pretendidos.

As perspectivas para o futuro da gestão processual administrativa e judicial

Em que pesem as dificuldades na implementação de novas (ou já conhecidas) ferramentas e aplicativos de gestão dos processos, com o objetivo de que se logre eficiência, eficácia e efetividade na prestação administrativa e jurisdicional, a otimização das rotinas e procedimentos, muitas vezes com o uso de ferramentas importadas da ciência da administração, é um caminho sem volta.

No Edital de Abertura do Concurso Público nº 01/2015 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, destinado a prover os cargos de Técnico e Analista Judiciário, chamou a atenção o fato de que as matérias que o candidato deveria dominar não se limitavam tão somente ao conhecimento do direito positivo, mas também aos aplicativos gerenciais próprios da ciência da administração, com vistas a que este exerça de forma atuante o seu cargo público, mas também voltado à prestação de um serviço público célere e eficiente, e com resultados satisfatórios e passíveis de incremento, num crescente de qualidade a ser ofertada ao jurisdicionado.

Outrossim, faz-se cada vez mais presente a figura do “juiz-gestor”: O magistrado que, além de exercer o seu múnus principal, que é o

de conhecer, conciliar, julgar e decidir as lides levadas ao seu conhecimento, também busca bem gerir o órgão de sua responsabilidade (varas e órgãos administrativos), de forma que o serviço entregue ao jurisdicionado seja um serviço prestado de forma célere e efetiva. Nas palavras de Wanderlei José dos Reis:

Gestor judiciário é, *ab initio*, o juiz, a quem compete colocar em prática o objetivo maior do Poder Judiciário que é a entrega da prestação jurisdicional. O cumprimento do mister dar-se-ia através de planos estratégicos e operacionais mais eficazes para atingir os objetivos propostos; através da concepção de estruturas e estabelecimento de regras, políticas e procedimentais, mais adequadas aos planos desenvolvidos; implementação, coordenação e execução dos planos através de um determinado tipo de comando e de controle.¹⁷

Com efeito, avizinha-se o momento em que, finalmente, os processos e procedimentos serão vistos como meio para obter um fim, entendido por fim, a prestação jurisdicional e o atendimento do cliente jurisdicionado, e meio, os métodos e ferramentas aplicáveis aos procedimentos processuais e procedimentais, *além dos meramente previstos pela lei*, para atingir bem e com satisfatória celeridade o objetivo almejado, seja a boa administração da coisa pública, seja prover a decisão justa a um caso concreto.

Conclusão

Concluimos nosso estudo mencionando que, em um país tão carente de serviços públicos de qualidade como o Brasil, com uma população deveras desinformada de seus direitos, apesar de um equipamento jurídico e legal tão capacitado e moderno, causa espécie o fato de a prestação do serviço jurisdicional ser tão deficiente. Inobstante as políticas públicas de atendimento aos mais necessitados – em verdade, mandamentos constitucionais a serem cumpridos –, não raras vezes as pessoas desconhecem completamente os seus direitos e, quando os conhecem, se deparam com uma muralha de vicissitudes do sistema processual judicial que praticamente inviabiliza o seu exercício.

Muitos são os motivos que conduziram o problema da morosidade do processo judicial ao quadro atual, e os servidores e magistrados, como dito no início desta apresentação, conhecem bem o problema. Entretanto, acompanhando a crescente de busca por mais eficiência na prestação dos serviços e satisfação do cidadão, que se iniciou com a edição do “Caderno MARE” em 1997, passou pela instalação das Emendas Constitucionais nº 19 de 1998 e nº 45 de 2004 em nosso ordenamento magno, e hoje culmina com a exigência de conhecimentos de ferramentas de gestão pelos candidatos aos concursos públicos, não podem os cientistas e operadores do Direito furtarem-se a também conhecer, tornarem-se íntimos e aplicarem em seus campos de trabalho ferramentas de gestão processual como, por exemplo, o ciclo PDCA. Tudo com vistas não aos holofotes de ser considerado um “gestor-modelo”, uma “vara-modelo”, um “vencedor de metas processuais” ou com o fim de receber elogios das Corregedorias. Mas, sim, com o objetivo de entregar ao jurisdicionado, a principal súplica que este último faz em suas petições: Justiça.

¹⁷ REIS, Wanderlei José dos, *Juiz Gestor – um novo paradigma*. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=215>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

Referências bibliográficas

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; RENAULT, Sérgio. Os caminhos da reforma. *Revista do Advogado*, ano XXVI, n. 85, maio 2006.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19*, de 4 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 28 jul. 2016.

_____. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 28 jul. 2016.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Programa da qualidade e participação na administração pública*. Brasília: MARE, 1997.

_____. Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário. *Reforma infraconstitucional do judiciário*. Brasília: PNUD, 2007.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Provimento CORE nº 64*, de 28 de abril de 2005. Disponível em: <[http://www.trf3.jus.br/NXT/gateway.dll/atos/corregedoria%20regional/provimentos/2005/provimento0064atualizado.htm?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0\\$q=\\$uq=\\$x=\\$up=1#coge_capitulo_II_Titulo_II](http://www.trf3.jus.br/NXT/gateway.dll/atos/corregedoria%20regional/provimentos/2005/provimento0064atualizado.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0$q=$uq=$x=$up=1#coge_capitulo_II_Titulo_II)>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 198*, de 1 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2733>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

CALMON, Petrônio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CICLO PDCA. *Wikipédia – a enciclopédia livre*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ciclo_PDCA>. Acesso em: 29 jul. 2016.

DEMING, Willian Edwards. *Wikipédia – a enciclopédia livre*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/William_Edwards_Deming>. Acesso em: 30 jul. 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali (Coords.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 16, n. 65, 2016. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/267>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, João Luiz Martelli. Projetar o futuro e planejar o presente: receita de sucesso do Judiciário de Santa Catarina. *Revista CEJ – Conselho de Justiça Federal*, Brasília, ano VIII, n. 24, p. 30-32, jan./mar. 2004.

OLIVIERI, Rosângela do Carmo. *Autos eletrônicos na Justiça Federal da 2ª Região*: a contribuição do processo eletrônico na redução do tempo de tramitação dos processos. Dissertação (mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2010.

PEREIRA, José Ricardo. *O ciclo PDCA na prática, a experiência da Vara Federal e JEF Criminal Adjunto de Lajeado*. Disponível em: <http://ead-desenv.trf4.jus.br/pluginfile.php/5700/mod_book/chapter/337/O%20Ciclo%20PDCA%20na%20opr%C3%A1tica.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016.

REIS, Wanderlei José dos, *Juiz Gestor – um novo paradigma*. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=215>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

ROCHA, Zélio Maia da. *A reforma do judiciário*. Uma avaliação jurídica e política. São Paulo: Saraiva, 2005.

SHEWHART, Walter Andrew. *Wikipédia – a enciclopédia livre*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Walter_A._Shewhart>. Acesso em: 30 jul. 2016.

SILVA, Ivo Barcelos da. A motivação dos juízes e servidores como técnica de eficiência. *Revista CEJ – Conselho de Justiça Federal*, Brasília, ano VIII, n. 24, p. 43-48, jan./mar. 2004.

VITOVSKI, Vladimir Santos. O acesso à justiça no novo Código de Processo Civil. *Revista CEJ – Conselho de Justiça Federal*, Brasília, ano XIX, n. 67, p. 7-17, set./dez. 2015.



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL
0000894-97.2009.4.03.6124
(2009.61.24.000894-0)

Apelante: AUGUSTO DI CONDI E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: AC 2090997
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA. AUSÊNCIA DE ABUSO OU EXCESSO NA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO. ERRADICAÇÃO DO CANCRO CÍTRICO INDENIZAÇÃO INDEVIDA. FATO NOVO. NÃO CONFIGURADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO EVIDENCIADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão dos autos diz respeito à possibilidade ou não de os autores serem indenizados em razão da eliminação de pés de frutas cítricas de suas propriedades rurais, devido à detecção de focos da doença do cancro cítrico.
2. O artigo 34 do Decreto nº 24.114/1934 autoriza o Ministério da Agricultura a determinar, no âmbito da Defesa Sanitária Vegetal, a eliminação de plantas, arvoredos, lavouras ou matas contaminadas.
3. A jurisprudência é pacífica no sentido de que a responsabilidade civil do Estado somente é cabível se comprovado o excesso ou abuso no exercício do poder de polícia de defesa sanitária vegetal, previsto para atendimento a interesse público.
4. Na espécie, os documentos juntados aos autos (autos de interdição e autos de destruição de plantas cítricas) demonstram que o poder de polícia foi exercido nos limites legais, sem abuso ou excesso, porquanto a erradicação ocorreu somente dos pés de frutas cítricas já contaminados ou suspeitos de contaminação, inexistindo prova de que essas plantas estivessem aptas ao seu objetivo econômico.
5. Vale ressaltar que a Lei 3.780-A/1960, destinada a abrir crédito especial para combate ao cancro cítrico, indenizando proprietários com plantas destruídas, configura norma de vigência temporária, razão pela qual dela não decorre a responsabilidade do Estado por indenização de fatos posteriores, ainda que semelhantes, como no caso dos autos.
6. Inexistência de fato novo apto a influir no julgamento da lide.
7. Não configurada a litigância de má-fé, porquanto não evidenciada, em princípio, conduta contrária à lealdade e boa-fé processuais.
8. 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, 05 de abril de 2017.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de apelação interposta por *Augusto Di Condi e outros*, nos autos da ação de rito ordinário, ajuizada em face da *União*, objetivando o pagamento de indenização pelas plantas erradicadas de suas propriedades em razão da presença de cancro cítrico.

No incidente processual de impugnação da assistência judiciária gratuita, o pedido foi parcialmente acolhido para revogar o benefício somente em relação a Augusto Di Condi, o qual foi condenado ao recolhimento das custas processuais em dobro do seu quinhão (1/3) (f. 398).

Ao final, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido e condenou os autores ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, cuja exigibilidade permanece suspensa ante a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita (f. 423-426).

Os autores apelaram, sustentando, em síntese, que:

a) o pagamento de indenização, previsto nos Decretos nº 24.114/34 e nº 51.207/61, com os acréscimos legais, é cabível quando as plantas erradicadas por cancro cítrico estejam aptas ao seu objetivo econômico, como é o caso das contaminadas e das suspeitas;

b) fazem jus aos lucros cessantes e aos danos emergentes, considerando a idade e o custo das plantas, o que abrange a preparação das terras, instalação das estufas, gastos com insumos e defensivos, e despesas com a produção.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O autor Augusto Di Condi peticiona nos autos informando a existência de fato novo e as constantes alterações das normas regulamentadoras do combate à praga do cancro (f. 460-468).

A União impugnou, requerendo o desentranhamento desses documentos, com fundamento no artigo 1.014 do novo CPC, e a condenação do autor em litigância de má-fé, com aplicação da multa prevista no artigo 81 do CPC.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

A questão dos autos diz respeito à possibilidade de os autores serem indenizados em razão da eliminação de pés de frutas cítricas de suas propriedades rurais, devido à detecção de focos da doença do cancro cítrico.

Uma vez confirmada a infecção ou havendo suspeita de contaminação da planta, a erradicação da área é obrigatória, porquanto não há medida de controle capaz de eliminar comple-

tamente a doença.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que a responsabilidade civil do Estado somente é cabível se comprovado o excesso ou abuso no exercício do poder de polícia de defesa sanitária vegetal, previsto para atendimento a interesse público.

A Campanha Nacional de Erradicação do Cancro Cítrico - CANECC, promovida pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento em convênio com as Secretarias Estaduais de Agricultura, em consonância com o Decreto 24.114/1934, que aprovou o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal, trata da delimitação de áreas contaminadas e aplicação de medidas competentes, em caso de irrupção de doenças ou pragas nocivas às culturas, cuja disseminação possa estender-se a outras regiões, com riscos para a lavoura nacional.

O artigo 34 do Decreto nº 24.114/1934 autoriza o Ministério da Agricultura a determinar, no âmbito da Defesa Sanitária Vegetal, a eliminação de plantas, arvoredos, lavouras ou matas contaminadas. *Verbis*:

Art. 34. Entre as medidas adotadas para a erradicação poderá o Ministério da Agricultura incluir a destruição parcial ou total das lavouras, arvoredos ou matas contaminadas ou passíveis de contaminação.

§ 1º Quando as plantas ou matas, cuja destruição for ordenada, ainda se encontrarem indenenes ou, embora contaminadas, ainda se mantiverem aptas ao seu objetivo econômico, poderá ser arbitrada uma indenização ao seu proprietário, baseada no custo de produção e levando-se em conta a depreciação determinada pela doença ou praga, bem como o possível aproveitamento do material resultante da condenação.

§ 2º As indenizações poderão consistir, em parte ou não todo, na substituição das plantas destruídas por outras saídas e de qualidades recomendáveis para o lugar.

§ 3º Não terá o proprietário direito a indenização sempre que se apurar que a doença ou praga, por sua natureza ou grau de intensidade, devesse causar a destruição das plantações ou matas.

§ 4º Perderá direito a indenização todo o proprietário que houver infringido qualquer dispositivo do presente regulamento ou das instruções especiais baixadas para a erradicação.

Veja-se, a respeito desta questão, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. ERRADICAÇÃO DE LAVOURAS DE LARANJAIS POR CONTA DE CANCRO CÍTRICO. DESCABIMENTO DA INDENIZAÇÃO. PODER DE POLÍCIA. AUSÊNCIA DE EXCESSO. ESFERA ADMINISTRATIVA. REVISÃO DAS PREMISSAS FIXADAS NA ORIGEM. reexame de prova. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal *a quo*, com base na situação fática do caso, decidiu pelo descabimento da indenização pois, além de ser inviável a reparação por condutas decorrentes do poder de polícia, também os atos da administração possuem legitimidade, e caberia à parte interessada comprovar o excesso de Poder da Administração Pública.

2. Rever as premissas do acórdão regional demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, defeso em recurso especial, nos termos do enunciado 7 da Súmula desta Corte de Justiça. Agravo regimental improvido...

EMEN: (AGRESP 201402229151, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:20/02/2015 ..DTPB:.)

Na linha do mesmo entendimento, a jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ELIMINAÇÃO DE POMAR. CANCRO CÍTRICO.

RESPONSABILIDADE CIVIL. NÃO VERIFICADA. EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA. ABUSO NÃO COMPROVADO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito a pedido de indenização por perdas e danos, pleiteado por Herculano Zuliani, em face da União Federal e da Fazenda do Estado de São Paulo, em razão da eliminação de 65.000 árvores de laranja de sua propriedade como medida fitossanitária de erradicação de cancro cítrico.

2. O Magistrado *a quo* julgou o feito improcedente, por não vislumbrar configuração de responsabilidade civil no presente caso, tendo em vista a necessidade das medidas empregadas.

3. 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.

4. 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.

5. *Entretanto, é sabido que quando se trata de exercício do poder de polícia, em especial no caso de defesa sanitária vegetal, voltado para o atendimento ao interesse público, somente se caracteriza a responsabilidade civil do Estado em caso de abuso ou excesso de poder.*

6. A Campanha Nacional de Erradicação do Cancro Cítrico - CANECC, promovida pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento em convênio com as Secretarias Estaduais de Agricultura, em consonância com o Decreto 24.114/1934, que aprovou o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal, trata da delimitação de áreas contaminadas e aplicação de medidas competentes, em caso de irrupção de doenças ou pragas nocivas às culturas, cuja disseminação possa estender-se a outras regiões, com riscos para a lavoura nacional.

7. O artigo 34 do Decreto 24.114/1934 autoriza o Ministério da Agricultura a determinar, no âmbito da Defesa Sanitária Vegetal, a eliminação de plantas, arvoredos, lavouras ou matas contaminadas.

8. Precedentes.

9. *Como se observa, somente é possível cogitar de indenização diante da prova material de exercício irregular ou excessivo do poder de polícia sanitária em prejuízo ao direito de propriedade, vez que a erradicação de doenças configura política de interesse público.*

10. *Na espécie, os documentos juntados aos autos demonstram que o poder de polícia foi exercido nos limites legais, sem abuso ou excesso, não sendo caso de responsabilidade civil do Estado. Não é cabível, portanto, indenização.*

11. Apelação desprovida.

(AC 00041133020134036108, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/07/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

ADMINISTRATIVO. ERRADICAÇÃO DE PLANTAÇÃO CÍTRICA POR CONTA DE CANCRO CÍTRICO (ÁRVORES DOENTES E SOB SUSPEITA). QUESTÃO PRELIMINAR REFERENTE À INÉPCIA DA INICIAL REJEITADA. INDENIZAÇÃO PRETENDIDA PELO CITRICULTOR DESCABIDA. CORRETO DESEMPENHO DO PODER DE POLÍCIA ZOOFITOSSANITÁRIO PELA SECRETARIA ESTADUAL DE AGRICULTURA, NO DESEMPENHO DE COMPETÊNCIA A ELA DETERMINADA PELA UNIÃO. AUSÊNCIA DE ABUSO OU EXCESSO NO EXPURGO DAS CULTURAS CÍTRICAS CONTAMINADAS. PEDIDO IMPROCEDENTE (SENTENÇA REFORMADA, COM ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA).

1. Trata-se de ação de indenização proposta pelo produtor rural ANTENOR OLIANI, em face da UNIÃO FEDERAL e do ESTADO DE SÃO PAULO, com vistas à obtenção de provimento judicial condenatório que obrigue as rés a indenizá-lo pelas perdas e danos ocorridos com a

erradicação, em 23/5/2000, de 1.239 pés de plantas cítricas, em sua propriedade denominada “Sítio Recreio”, localizada no município de Ouro Verde/SP, em razão da contaminação pela doença popularmente conhecida como “cancro cítrico”. Sentença de parcial procedência para o fim de condenar a UNIÃO a ressarcir ao autor o valor de todas as plantas destruídas pelo ESTADO DE SÃO PAULO, em atuação delegada, e que não se encontravam comprovadamente contaminadas pelo cancro cítrico, com correção monetária desde a intervenção estatal e juros de mora à taxa de 12% ao ano, contados a partir da citação. Ainda, condenou a UNIÃO ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor total da condenação.

2. Questão preliminar relativa à inépcia da inicial rejeitada, uma vez que no cenário dos autos não estava obrigado o autor a apresentar todos os valores dos prejuízos que considerava ter sofrido, vez que as consequências dos atos atribuídos ao Estado de São Paulo e à União não eram, ao tempo do ajuizamento da ação, determináveis de modo definitivo.

3. O que passa despercebido para quem concede a indenização pela erradicação de plantas contaminadas de cancro cítrico é que essa providência se insere no âmbito da polícia administrativa zoofitossanitária. E na medida em que o exercício regular do poder de polícia não gera indenização ao administrado, é ininvocável o § 6º do art. 37 da CF ou outro dispositivo qualquer que contenha comando indenizatório.

4. *Para receber indenização baseada no Decreto nº 24.114/34 (REGULAMENTO DE DEFESA SANITÁRIA VEGETAL) o proprietário da lavoura erradicada deve comprovar que houve abuso de poder do Poder Público no desempenho da polícia zoofitossanitária, embora ele tenha feito a parte dele na tentativa de erradicação, sem sucesso, e, ainda, que a destruição de plantações ocorreu sobre árvores e lavouras que se mantinham “aptas ao seu objetivo econômico” e, finalmente, que de sua parte não infringiu qualquer dispositivo regulamentar ou instruções da polícia sanitária especialmente baixadas para a erradicação da peste.*

5. *Na espécie dos autos a documentação juntada pelo autor evidencia que a erradicação perpetrada por funcionários do Centro de Defesa Sanitária Vegetal da Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo incidiu em árvores já contaminadas pela praga, e sobre outras suspeitas de contaminação, justamente a medida sanitária prevista no art. 34 do Decreto nº 24.114/34, não existindo a menor prova de que qualquer dessas plantas se conservava apta ao seu objetivo econômico, situação que poderia recomendar uma indenização (facultativa) exclusivamente sobre essas árvores ainda aproveitáveis. Constatou-se que das 1.239 plantas diagnosticadas, 151 estavam comprovadamente doentes (fls. 26). Não há dúvidas, assim, de que a plantação do autor estava completamente comprometida, tendo em vista a natureza da praga e o grau de intensidade da infestação. Invisível qualquer excesso ou abuso de poder de polícia zoofitossanitário por parte dos servidores da Secretaria de Agricultura do Estado de São Paulo, que agiam em nome da União e na defesa do interesse público.*

6. *É absolutamente inviável a indenização reconhecida na sentença, em virtude da destruição das “árvores que não haviam sido comprovadamente afetadas pela doença”, já que não há prova alguma de que árvores sadias foram sacrificadas.*

7. Sentença reformada, com improcedência total da demanda e condenação da parte autora ao pagamento da verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa (justiça gratuita concedida ao autor).

(AC 00386676920004036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO PELA DESTRUIÇÃO DE PLANTAÇÃO. ERRADICAÇÃO DO CANCRO CÍTRICO. EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE EXCESSO OU ABUSO NA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Feitas as devidas análises laboratoriais, a Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo procedeu à destruição das plantas infectadas e suspeitas, conforme Autos de Destruição de Plantas Cítricas (fls. 13/14).
2. O artigo 34 do Decreto nº 24.114/1934, que trata do Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal, autoriza o Ministério da Agricultura, como medidas de erradicação do cancro cítrico, incluir a destruição parcial ou total das lavouras, arvoredos ou matas contaminadas ou passíveis de contaminação.
3. *A jurisprudência consolidada desta E. Corte é no sentido de que eventual indenização somente é possível mediante demonstração cabal e inequívoca de que os danos decorreram de atuação irregular ou abusiva do Poder de Polícia Sanitária, o que não ocorreu na espécie.*
4. *In casu*, incabível qualquer indenização com fundamento no artigo 37, § 6º, da CF, não sendo possível imputar à União Federal, em manifesta socialização dos prejuízos sofridos pelo autor, os riscos inerentes à atividade econômica.
5. As diferentes posturas adotadas por outros Órgãos Estaduais no controle e erradicação do cancro cítrico não interfere na forma de atuação da Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo, em conformidade com o artigo 34 do Decreto nº 24.114/1934.
6. Apelação do autor desprovida.
(AC 00010542520094036124, JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/05/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

Com efeito, a indenização é cabível somente diante da prova material de exercício irregular ou excessivo do poder de polícia sanitária em prejuízo ao direito de propriedade, vez que a erradicação de doenças configura política de interesse público.

Na espécie, os documentos juntados aos autos (autos de interdição e autos de destruição de plantas cítricas) demonstram que o poder de polícia foi exercido nos limites legais, sem abuso ou excesso, porquanto a erradicação ocorreu somente dos pés de frutas cítricas já contaminados ou suspeitos de contaminação, inexistindo prova de que essas plantas estivessem aptas ao seu objetivo econômico.

Vale ressaltar que a Lei 3.780-A/1960, destinada a abrir crédito especial para combate ao cancro cítrico, indenizando proprietários com plantas destruídas, configura norma de vigência temporária, razão pela qual dela não decorre a responsabilidade do Estado por indenização de fatos posteriores, ainda que semelhantes, como no caso dos autos. O mesmo se aplica ao Decreto 51.207/1961, que estabeleceu as regras para o pagamento dessa indenização.

No que tange à alegação de fato novo, sem razão o autor.

A Associação Brasileira de Citricultores Saúde Vegetal, da qual é membro, formulou pedido de indenização junto ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), dando origem a diversos processos administrativos, posteriormente unificados, para apuração da legalidade de eventual pagamento de indenização.

O autor sustenta que, dos documentos apresentados naqueles autos, há fatos novos com potencial para influir no julgamento da lide, como o teor da Nota nº 364, do Memorial nº 504 e da Nota Técnica nº 001/2010.

Insta salientar que tais manifestações não configuram fato novo, a uma porque foram expedidas no ano de 2010, quatro anos antes da prolação da sentença recorrida, tempo suficiente para que o autor trouxesse essa informação aos autos, e a duas porque notas e memorandos configuram modalidades de comunicação interna do órgão, e não norma jurídica, cuja regra é de observância obrigatória.

Ante a ausência de prejuízo, não vislumbro a necessidade de desentranhamento das peças.

Da mesma maneira, deixo de acolher o pedido da União quanto à condenação do autor em litigância de má-fé, porquanto não evidenciada, em princípio, conduta contrária à lealdade e boa-fé processuais.

Por fim, mantenho a condenação dos autores ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, cuja exigibilidade permanece suspensa em razão da concessão da assistência judiciária gratuita, exceto em relação a Augusto Di Condi, cujo benefício anteriormente concedido foi revogado.

Pelo exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000542-71.2011.4.03.6124
(2011.61.24.000542-8)

Apelante: VARANDA VIAGENS E TURISMO LTDA - ME
Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: AC 1877489
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO - TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS - NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DA ANTT - RETENÇÃO DE VEÍCULO - LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DAS DESPESAS DE TRANSBORDO - IMPOSSIBILIDADE

1. O transporte rodoviário de passageiros, com fins turísticos ou sob regime de fretamento, depende de autorização da ANTT.
2. O estabelecimento de sanções, em regulamento, está sujeito ao princípio da legalidade.
3. A exigência de comprovação do pagamento das despesas de transbordo dos passageiros, como condição para a liberação de veículo retido, nos termos do artigo 1º, § 6º, da Resolução ANTT nº 233/03, não possui amparo legal.
4. Apelação provida em parte.

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 parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de março de 2017.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

Trata-se de ação ordinária destinada a afastar a fiscalização e a aplicação de sanções, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT.

A autora, locadora de veículos para transporte de grupos fechados, relata que veículo de sua propriedade foi abordado, em fiscalização da ANTT, na qual advertido sobre a obrigatoriedade de autorização, para a operação, nos termos do artigo 26, da Lei Federal nº 10.233/01, sob pena de retenção do bem.

Sustenta que a atividade não depende de autorização da agência reguladora. A exigência de quitação das despesas de transbordo, como condição à liberação do veículo, estaria prevista apenas em resolução. A sanção seria inaplicável, por ausência de previsão legal.

A r. sentença (fls. 129/132) julgou os pedidos iniciais improcedentes e condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Apelação da autora, na qual reitera os pedidos iniciais e requer a reforma da sentença (fls. 134/150).

Contrarrrazões (fls. 167).

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

A Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União: (...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...)

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

A Lei Federal nº 10.233/01:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: (...)

XVIII - dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes.

Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário:

I - publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de permissão para prestação de serviços regulares de transporte rodoviário interestadual semiurbano de passageiros;

II - autorizar o transporte de passageiros, realizado por empresas de turismo, com a finalidade de turismo;

III - autorizar o transporte de passageiros, sob regime de fretamento;

IV - promover estudos e levantamentos relativos à frota de caminhões, empresas constituídas e operadores autônomos, bem como organizar e manter um registro nacional de transportadores rodoviários de cargas;

V - habilitar o transportador internacional de carga;

VI - publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros;

VII - fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das condições de outorga de autorização e das cláusulas contratuais de permissão para prestação de serviços ou de concessão para exploração da infraestrutura.

VIII - autorizar a prestação de serviços regulares de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

IX - dispor sobre os requisitos mínimos a serem observados pelos terminais rodoviários de passageiros e pontos de parada dos veículos para a prestação dos serviços disciplinados por esta Lei.

A Resolução ANTT nº 233/03:

Art. 1º Constituem infrações aos serviços de transporte rodoviário de passageiros sob a modalidade interestadual e internacional, sem prejuízo de sanções por infrações às normas legais, regulamentares e contratuais não previstas na presente Resolução, os seguintes procedimentos, classificados em Grupos conforme a natureza da infração, passíveis de aplicação de multa, que será calculada tendo como referência o coeficiente tarifário - CT vigente para o serviço convencional com sanitário, em piso pavimentado (...).

IV - multa de 40.000 vezes o coeficiente tarifário:

a) executar serviços de transporte rodoviário interestadual ou internacional de passageiros sem prévia autorização ou permissão; (...)

§ 6º A fiscalização liberará o veículo da empresa infratora após a comprovação do pagamento das despesas referidas nos §§ 4º e 5º deste artigo, independentemente do pagamento da multa decorrente, sem prejuízo da continuidade da retenção por outros motivos, com base em legislação específica.

O transporte rodoviário de passageiros, com fins turísticos ou sob regime de fretamento, depende de autorização da ANTT.

A apelante declara que sua atividade principal é a locação de veículos (fls. 2-verso).

O objeto social indica atividade diversa (fls. 17): “transporte rodoviário de passageiros e agência de turismo” (cláusula terceira).

A autora está sujeita à fiscalização pela ANTT.

De outro lado, o estabelecimento de sanções, em regulamento da agência reguladora, está sujeito ao princípio da legalidade.

A exigência de comprovação do pagamento das despesas de transbordo dos passageiros, como condição para a liberação de veículo retido, nos termos do artigo 1º, § 6º, da Resolução ANTT nº 233/03, não possui amparo legal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1.973, em hipóteses análogas:

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. RETENÇÃO DO VEÍCULO. LIBERAÇÃO.

1. A liberação do veículo retido por transporte irregular de passageiros, com base no art. 231, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro, não está condicionada ao pagamento de multas e despesas.

2. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

(STJ, REsp 1144810-MG, PRIMEIRA SEÇÃO, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 18/03/2010)

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. IRREGULARIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. INOCORRÊNCIA. APREENSÃO DO VEÍCULO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DAS DESPESAS DE TRANSBORDO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão apresenta fundamentação clara, coerente, fundamentada e suficiente para responder às teses defendidas pela parte embargante.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no REsp nº 1.144.810/MG, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, afigura-se ilegal o condicionamento da

liberação do automóvel ao prévio pagamento de multas e despesas com transbordo, com fulcro no art. 231, VIII, do CTB, por ausência de previsão legal.

3. O transporte de passageiros, sem a devida autorização, configura infração de trânsito que impõe somente a pena de multa e, como medida administrativa, a mera retenção do veículo até que se resolva a irregularidade, e não a sua apreensão, que abrange o recolhimento do bem ao depósito do órgão de trânsito (*ex vi* do art. 262, § 2º, do CTB). Entendimento consolidado na Súmula 510 do STJ.

4. Encontrando-se o acórdão recorrido em harmonia com o entendimento desta Corte de Justiça, impõe-se a incidência da Súmula 83 do STJ e, em consequência, a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, na razão de 1% do valor atualizado da causa.

5. Agravo interno desprovido, com aplicação de multa.

(STJ, AgInt no AREsp 456169/DF, PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 25/11/2016)

Dada a sucumbência recíproca, os honorários advocatícios se compensarão.

Por tais fundamentos, *dou parcial provimento à apelação*, para a afastar a exigência do artigo 1º, § 6º, da Resolução ANTT nº 233/03.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003357-70.2012.4.03.6103
(2012.61.03.003357-6)

Apelante: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO

Apelada: SUELI CARVALHO DE MENDONÇA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AC 1933897

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. QUEDA EM AEROPORTO. ATO OMISSIVO. NEGLIGÊNCIA. DANO MATERIAL. DANO MORAL. DANO ESTÉTICO. CUMULAÇÃO. OCORRÊNCIA. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANO MATERIAL.

1. À Infraero foi imputada a responsabilidade pelo acidente sofrido pela autora no dia 12 de novembro de 2011, qual seja, uma queda no corredor do Aeroporto Internacional de Guarulhos, em virtude do piso escorregadio pela presença de líquido derrubado por outro passageiro.

2. Na hipótese de responsabilidade extracontratual por dano causado por agente público, impõe-se, tão somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir a responsabilidade objetiva da culpa do agente.

3. No entanto, ao se tratar da caracterização da responsabilidade civil por uma conduta omissiva genérica, como no caso em análise, mostra-se imprescindível, além daqueles fatores, a presença do elemento culpa pelo descumprimento de dever legal, para que se possa apurar a responsabilidade subjetiva da Administração, conforme os artigos do Código Civil.

4. A conduta teve nítido caráter omissivo em face da negligência na colocação de avisos e advertências acerca das condições do piso molhado e da pronta limpeza do ambiente. Ainda que a ré alegue o acionamento do serviço de manutenção e limpeza em tempo hábil, verifica-se que em nenhum momento sucede indicação de que o chão estava molhado e não ocorreu o devido isolamento do local.

5. A testemunha Kayne Sérgio Ferreira, funcionário do aeroporto, informou que atuava como atendente do balcão de informações da Infraero no momento em que foi avisado por um passageiro acerca do piso molhado. Relata que solicitou a conservação do local junto a central de emergência, porém o atendimento demorou mais do que o comum. Após oito ou dez minutos da solicitação presenciou a queda da autora e solicitou o atendimento médico. A efetiva limpeza do local só foi realizada após o acidente.

6. O dano restou comprovado, pois a queda é fato incontroverso. Ademais, há documentos nos autos que comprovam o atendimento e a realização de procedimentos médicos na ocasião do evento (fls. 16/29).

7. Quanto aos danos materiais, pleiteou a autora indenização pelas despesas com aluguel de cadeira de rodas, fisioterapia, plano de saúde e alimentação. Não obstante,

como reconhecido pelo r. Juízo *a quo* (fl. 327v), somente as despesas com o aluguel de cadeiras de roda e fisioterapia restaram comprovadas, no valor total de R\$ 369,50 (trezentos e sessenta e nove reais e cinquenta centavos). Assim, o montante da indenização a título de danos materiais deve ser reduzido para este patamar.

8. O dano moral está configurado, uma vez que a queda causou lesão a direito da personalidade da autora, mais especificamente à integridade física, porquanto sofreu contusões que causaram dores que extrapolaram o mero dissabor, além de sujeição a exames, procedimentos médicos e cirurgias.

9. Da análise da extensão do dano moral, verifico que a indenização no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não se revela desproporcional e excessiva, razão pela qual deve ser mantido o *quantum* indenizatório.

10. Quanto à possibilidade de cumulação da indenização por dano moral e estético, o C. STJ tem decidido a questão de forma favorável, reiteradamente, mesmo quando derivadas do mesmo fato, desde que passíveis de apuração em separado, como nitidamente ocorre no caso em espécie.

11. Após a queda e os procedimentos cirúrgicos necessários, a autora adquiriu cicatriz no joelho lesionado (fls. 56/58), portanto, trata-se de reparação decorrente de consequências físicas, visíveis e inegáveis. Ademais, correto o montante fixado na r. sentença.

12. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

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 parcial provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de abril de 2017.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por interposta, em ação de rito ordinário, ajuizada por Sueli Carvalho de Mendonça em face da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, com o objetivo de vê-la condenada ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos.

Relata a autora, em apertada síntese, que no dia 12 de novembro de 2011 percorria o Aeroporto de Guarulhos, nas proximidades de balcão da INFRAERO, quando, em razão de piso molhado, escorregou e caiu. Afirma que não havia nenhum tipo de aviso ou advertência sobre o chão escorregadio. Descreve que sofreu graves lesões no joelho e que, mesmo após procedimentos cirúrgicos, restaram sequelas. Por fim, aduz que, em virtude do acidente, necessitou de repouso e sessões de fisioterapia, permanecendo afastada de seu trabalho por longo período.

Regularmente citada, a INFRAERO apresentou contestação. Denunciou a lide à seguradora e, no mérito, manifestou-se pela improcedência do pedido.

Intimadas as partes para especificarem as provas, a INFRAERO pugnou pela juntada de mídia digital com imagens das câmeras de segurança no momento dos fatos e ambas as partes requisitaram a oitiva de testemunhas.

O pedido de denúncia da lide restou indeferido.

Realizada audiência de instrução e julgamento, com a oitiva das testemunhas Marilda Cortez Cesar Caselato, Cristiane Guimarães de Castro Lima Décio Prado, sendo ouvidos os Srs. Flávio Suto e Kayne Sérgio Ferreira por vídeo conferência.

O r. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 1.733,53 (mil, setecentos e trinta e três reais e cinquenta e três centavos), por danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil) e por danos estéticos no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), corrigidos monetariamente a partir da data do efetivo desembolso, no caso dos danos materiais, e a partir da data de arbitramento em relação aos danos morais e estéticos, adotando os critérios do Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, com juros de mora de 1% ao mês, incidentes desde o evento danoso. Condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Apelou a INFRAERO, aduzindo em suas razões a falta de responsabilidade pelo dano sofrido pela autora. Aduz que o piso estava molhado por conduta de um passageiro que derubou líquido no local, restando comprovado que os funcionários da INFRAERO solicitaram a devida manutenção e limpeza. Aponta, ainda, que os danos morais e estéticos não foram comprovados e que não podem ser cumulados. Subsidiariamente, requer a minoração do valor da condenação.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

A INFRAERO apresentou proposta de acordo (fls. 358) e a autora ofertou contraposta (fls. 362), a qual não foi respondida.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Estabelece a Constituição da República no seu art. 37:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade 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.

Por seu turno, dispõe o Código Civil:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário

ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Nas palavras do I. doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo, 18ª Edição, p. 859:

No Estado de Direito, a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares. Assim, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas que está assujeitada. Tanto são impostos controles que ela própria deve exercer, em sua intimidade, para obstar ou corrigir comportamentos indevidos praticados nos diversos escalões administrativos de seu corpo orgânico central, como controles que este mesmo corpo exercita em relação às pessoas jurídicas auxiliares do Estado (autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações governamentais).

E continua:

Se a administração houver causado danos aos administrados em decorrência de atos ilícitos ou mesmo em certos casos de atos lícitos, irrompe para ela o dever de indenizar o lesado. Cumpre identificar quando e em que termos se propõem estas situações.

À Infraero foi imputada a responsabilidade pelo acidente sofrido pela autora no dia 12 de novembro de 2011, qual seja, uma queda no corredor do Aeroporto Internacional de Guarulhos, em virtude do piso escorregadio.

Na hipótese de responsabilidade extracontratual por dano causado por agente público, impõe-se, tão somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir a responsabilidade objetiva da culpa do agente.

No entanto, ao se tratar da caracterização da responsabilidade civil por uma conduta omissiva genérica, como no caso em análise, mostra-se imprescindível, além daqueles fatores, a presença do elemento culpa pelo descumprimento de dever legal, para que se possa apurar a responsabilidade subjetiva da Administração, conforme os artigos do Código Civil, abaixo transcritos:

Art. 159 do CC de 1916. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

...

Art. 186 do CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

...

Art. 927 do CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nesse sentido, colho os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, conforme apontado no r. voto proferido pelo Min. Luis Felipe Salomão, no RESP nº 1.210.064/SP:

O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é omissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença de seus pressupostos - o fato administrativo, o dano e o nexo causal.

Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso da conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas.

Há mais um dado que merece realce na exigência do elemento culpa para a responsabilização do Estado por condutas omissivas. O art. 927, parágr. único, do Cód. Civil, estabelece que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei”, o que indica que a responsabilidade objetiva, com ou sem culpa, pressupõe a menção expressa de norma legal. Não obstante, o art. 43, do Cód. Civil, que, como vimos, dirige-se às pessoas jurídicas de direito público, não incluiu em seu conteúdo a conduta omissiva do Estado, o mesmo, aliás, ocorrendo com o art. 37, § 6º, da CF. Desse modo, é de interpretar-se que citados dispositivos se aplicam apenas a comportamentos comissivos e que os omissivos só podem ser objeto de responsabilidade se houver culpa.

(Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 508-509).

A conduta teve nítido caráter omissivo em face da negligência na colocação de avisos e advertências acerca das condições do piso molhado e da pronta limpeza do ambiente. Ainda que a ré alegue o acionamento do serviço de manutenção e limpeza em tempo hábil, verifica-se que em nenhum momento sucede indicação de que o chão estava molhado e não ocorreu o devido isolamento do local.

A testemunha Kayne Sérgio Ferreira, funcionário do aeroporto, informou que atuava como atendente do balcão de informações da Infraero no momento em que foi avisado por um passageiro acerca do piso molhado. Relata que solicitou a conservação do local junto a central de emergência, porém o atendimento demorou mais do que o comum. Após oito ou dez minutos da solicitação presenciou a queda da autora e solicitou o atendimento médico. A efetiva limpeza do local só foi realizada após o acidente.

O dano restou comprovado, pois a queda é fato incontroverso. Ademais, há documentos nos autos que comprovam o atendimento e a realização de procedimentos médicos na ocasião do evento (fls. 16/29).

Destarte, não há dúvidas quanto à presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil na espécie.

A propósito do tema, trago à colação o seguinte aresto:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. ECT- EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFO. ISENÇÃO DE CUSTAS. ART. 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. QUEDA EM AGÊNCIA DOS CORREIOS. PISO MOLHADO. AUSÊNCIA DE AVISO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Conforme já decidiu o Pretório Excelso - RE 220.906-9/DF -, o artigo 12 do Decreto Lei nº 509/69, que isenta a ECT do pagamento de custas, foi recepcionado pela Constituição Federal. Correto, portanto, o recebimento da apelação interposta sem o pagamento do porte de remes-

sa e retorno, uma vez que se trata de pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública.

2. Inobstante a responsabilidade objetiva da Administração Pública, da qual faz parte a ECT, para que se configure o dever de indenizar, é necessária a conjunção fática dos seguintes pressupostos: o dano, a conduta antijurídica do agente estatal e o nexo causal entre eles.

3. Os elementos dos autos comprovam a caracterização dos danos morais em decorrência da situação vivenciada pela autora, que envolveu desde sua queda e imobilização em local público, até as dores e os inconvenientes ocasionados em virtude dos ferimentos e cirurgia à qual se submeteu em virtude do acidente sofrido nas dependências da agência dos Correios, interferindo diretamente em suas obrigações cotidianas e ultrapassando as raias do mero aborrecimento.

4. Também restam caracterizados os danos materiais, na forma relatada na sentença, já que em decorrência do acidente, precisou a autora arcar com despesas para seu acompanhante durante internamento hospitalar, no importe de R\$ 20,00 (vinte reais), comprovadas através de recibo nos autos.

5. A falha do serviço, consubstanciada na ausência de aviso quanto às condições escorregadias do piso da agência, foi a causa direta do acidente sofrido pela cliente e das lesões sofridas, o que aperfeiçoa o nexo causal entre a conduta antijurídica da ECT e os danos morais e materiais sofridos.

6. Caracterizado o dever de indenizar, o valor fixado a título de danos morais manteve-se afinado com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo o magistrado de primeiro grau descrito satisfatoriamente os critérios adotados para arbitramento do *quantum* indenizatório em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

7. Os honorários advocatícios devem ser mantidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, pois em consonância com o art. 20, parágrafo 3º, do CPC e com a prática desta Corte.

8. Apelação da ECT e recurso adesivo do particular improvidos.

(TRF5, Desembargador Federal Manoel Erhardt, Segunda Turma, AC 200282010044651, J. 12/08/2008)

Quanto aos danos materiais, pleiteou a autora indenização pelas despesas com aluguel de cadeira de rodas, fisioterapia, plano de saúde e alimentação no valor de R\$ 1.733,53 (um mil, setecentos e trinta e três reais e cinquenta e três centavos), o que foi deferido pelo juiz de primeiro grau, ainda reconhecido que parte das despesas não tivessem sido comprovadas, sob o fundamento de que a ré não se desincumbiu do ônus de impugnar especificamente tal pedido. Ocorre que somente as despesas com o aluguel de cadeira de rodas e fisioterapia restaram comprovadas, no valor total de R\$ 369,50 (trezentos e sessenta e nove reais e cinquenta centavos). Assim, o montante da indenização a título de danos materiais deve ser reduzido para este patamar.

O dano moral está configurado, uma vez que a queda causou lesão à autora, mais especificamente à integridade física, porquanto sofreu contusões que causaram dores que extrapolaram o mero dissabor, além de sujeição a exames, procedimentos médicos e cirurgias.

De outra parte, a fixação do *quantum* indenizatório a título de dano moral depende da análise da relação entre reparação integral (à luz da extensão da lesão) e vedação ao enriquecimento sem causa.

Em decorrência do acidente, a autora realizou duas cirurgias reparatórias, para colocação e posterior retiradas de pinos.

Por meio da oitiva das testemunhas, Sra. Cristiane e Sra. Marilda, a autora comprovou que ficou impossibilitada de promover suas atividades habituais, ficando afastada do trabalho

por cerca de três dias. Além disso, apresentou dificuldade de locomoção, mudanças em sua rotina doméstica e problemas para realização de atividades cotidianas.

Portanto, da análise da extensão do dano moral, verifico que a indenização no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não se revela desproporcional e excessiva, razão pela qual deve ser mantido o *quantum* indenizatório.

Quanto à possibilidade de cumulação da indenização por dano moral e estético, o C. STJ tem decidido a questão de forma favorável, reiteradamente, mesmo quando derivadas do mesmo fato, desde que passíveis de apuração em separado, como nitidamente ocorre no caso em espécie.

Após a queda e os procedimentos cirúrgicos necessários, a autora adquiriu cicatriz no joelho lesionado (fls. 56/58), portanto, trata-se de reparação decorrente de consequências físicas, visíveis e inegáveis. Ademais, correto o montante fixado na r. sentença.

Em face de todo o exposto, *dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial* para reduzir a condenação em danos materiais para o montante de R\$ 369,50.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0002654-81.2013.4.03.0000
(2013.03.00.002654-6)

Apelante: ANA ELISA SILVA MANTOVANI
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO FEDERAL
Interessados: NICOLAU DOS SANTOS NETO E OUTROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AC 2107990
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. INDISPONIBILIDADE DECRETADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIBERAÇÃO DE IMÓVEL. PEDIDO DE TERCEIRO. SENTENÇA. CABIMENTO DE APELAÇÃO. VENDA POSTERIOR AO BLOQUEIO JUDICIAL. DISPOSIÇÃO INEFICAZ. EXTENSÃO AOS NEGÓCIOS SUBSEQUENTES. REGISTRO DA CONSTRIÇÃO E MÁ-FÉ DO ADQUIRENTE. IR-RELEVÂNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I. A decisão que negou o pedido de levantamento da indisponibilidade se qualifica tecnicamente como sentença, já que uma pessoa estranha à ação civil pública nº 0036590-58.1998.4.03.6100 se volta contra ato de constrição judicial, propondo demanda própria.

II. A interposição de apelação se revela, portanto, adequada.

III. Embora o Juízo de Origem, por razões práticas e com a aceitação deste Tribunal, tenha processado como incidentes pedidos de terceiro formulados até o momento - o que reclamaria agravo de instrumento na impugnação -, a parte não pode ser prejudicada pela singularidade do procedimento.

IV. O emprego de conveniência em detrimento da técnica impõe, no mínimo, tolerância pela opção feita. A ausência de conhecimento da apelação de Ana Elisa Silva Mantovani transpareceria grande rigor, incompatível com o pragmatismo que se imprimiu ao rito das pretensões de terceiro.

V. É incontroverso que a disposição do imóvel por Antônio Carlos da Gama e Silva sucedeu ao bloqueio decretado na ação civil pública nº 0036590-58.1998.4.03.6100: enquanto este ocorreu em 10/1998, mediante publicação e intimação da decisão à parte, aquela se processou em 04/1999.

VI. O negócio jurídico representa fraude do devedor, comprometendo a eficácia de futura execução por dano ao patrimônio público, antecipadamente garantida pela indisponibilidade (artigo 593 do CPC de 73). A operação se torna inoponível à União e ao MPF.

VII. Os contratos posteriores, especificamente a venda do terreno a Horizonte Empreendimentos e Incorporações e as alienações das unidades residenciais, também se mostram ineficazes, porquanto comprometeram, da mesma forma, a efetividade do cumprimento de sentença a ser proferida no processo por improbidade administrativa.

VIII. A análise do prejuízo se faz sem os parâmetros da execução comum, previstos na Súmula nº 375 do STJ.

IX. Semelhantemente à fraude do devedor nas relações tributárias (artigo 185 do CTN), o registro da constrição judicial não constitui referência: a data da publicação da indisponibilidade exerce o papel de marco, nos moldes da inscrição do crédito em Dívida Ativa.

X. O interesse público já é violado com a mera disposição do bem após o bloqueio judicial, independentemente de condicionantes reservadas para a garantia de direitos privados - averbação na matrícula.

XI. Interpretação diversa significaria a supremacia de interesse particular sobre o coletivo, o que feriria um dos cânones do Direito Administrativo.

XII. A mesma ponderação se aplica à boa-fé de terceiro adquirente. Mesmo que ele não saiba do ato constritivo - por ausência de registro imobiliário, por exemplo -, a violação ao interesse público decorrente da alienação/oneração da garantia já estará consumada e não pode ser minimizada por necessidades privadas.

XIII. A legislação apenas valoriza a boa-fé, se a disposição anteceder o bloqueio judicial. O direito de particular se considera adquirido nesse caso, sem que se possa cogitar, a princípio, de lesão ao patrimônio coletivo.

XIV. Ana Elisa Silva Mantovani adquiriu imóvel cuja indisponibilidade foi violada por Antônio Carlos da Gama e Silva, que promoveu venda posteriormente à intimação de decisão judicial. O direito aquisitivo não possui eficácia para a União e o MPF.

XV. Resta a ela aguardar o desfecho dos embargos de terceiro nº 0004907-51.2008.4.03.6100, de iniciativa de Horizonte Empreendimentos e Incorporações Ltda., que traz como proposta a substituição do terreno pelo equivalente em dinheiro. A medida asseguraria a manutenção da incorporação imobiliária.

XVI. Apelação a que se 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 relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de abril de 2017.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de apelação interposta por Ana Elisa Silva Mantovani em face de decisão que indeferiu o levantamento da indisponibilidade da unidade autônoma nº 310 do Condomínio Residencial “Costa Azul”, implantado no imóvel matriculado sob o nº 53.376 no CRI da Comarca de Mogi Mirim/SP.

Sustenta que tem direito à liberação do bem. Argumenta que, quando firmou compromisso de compra e venda com Horizonte Empreendimentos e Incorporações Ltda. em outubro de 2007, não constava da matrícula qualquer ato de constrição judicial.

Alega que a ordem de indisponibilidade decretada na ação civil pública nº 0036590-58.1998.4.03.6100 e que atingiu o patrimônio de Antônio Carlos da Gama e Silva - vendedor do terreno à incorporadora - apenas foi prenotada em 11/2007.

Afirma que a ausência de registro torna inoponível o bloqueio a terceiro adquirente, nos termos da Súmula nº 375 do STJ. Acrescenta que a União deveria ter providenciado a averbação da medida cautelar num tempo razoável e não depois de nove anos da decisão judicial (10/1998).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões (fls. 271/276).

Responde que Antônio Carlos da Gama e Silva vendeu a parte ideal do imóvel (abril de 1999) após a intimação da indisponibilidade, o que significou o descumprimento de determinação judicial e acarreta a invalidade dos negócios jurídicos posteriores, especificamente a venda do espaço a Horizonte Empreendimentos e Incorporações Ltda. e as alienações das unidades residenciais a terceiros.

A União também ofereceu resposta (fls. 279/284). Considera inadequado o recurso interposto, sob o fundamento de que a decisão é interlocutória e admite impugnação por agravo. Adverte que o princípio da fungibilidade não se aplica, porquanto a interposição não ocorreu no prazo de dez dias.

Entende, no mérito, que a transferência feita por Antônio Carlos da Gama e Silva se processou depois do bloqueio judicial, apresentando nulidade que se estende a todos os contratos subsequentes.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

A decisão que negou o pedido de levantamento da indisponibilidade se qualifica tecnicamente como sentença, já que uma pessoa estranha à ação civil pública nº 0036590-58.1998.4.03.6100 se volta contra ato de constrição judicial, propondo demanda própria.

A interposição de apelação se revela, portanto, adequada.

Embora o Juízo de Origem, por razões práticas e com a aceitação deste Tribunal, tenha processado como incidentes pedidos de terceiro formulados até o momento - o que reclamaria agravo de instrumento na impugnação -, a parte não pode ser prejudicada pela singularidade do procedimento.

O emprego de conveniência em detrimento da técnica impõe, no mínimo, tolerância pela opção feita. A ausência de conhecimento da apelação de Ana Elisa Silva Mantovani transpareceria grande rigor, incompatível com o pragmatismo que se imprimiu ao rito das pretensões de terceiro.

É incontroverso que a disposição do imóvel por Antônio Carlos da Gama e Silva sucedeu ao bloqueio decretado na ação civil pública nº 0036590-58.1998.4.03.6100: enquanto este ocorreu em 10/1998, mediante publicação e intimação da decisão à parte, aquela se processou em 04/1999.

O negócio jurídico representa fraude do devedor, comprometendo a eficácia de futura execução por dano ao patrimônio público, antecipadamente garantida pela indisponibilidade (artigo 593 do CPC de 73). A operação se torna inoponível à União e ao MPF.

Os contratos posteriores, especificamente a venda do terreno a Horizonte Empreendimentos e Incorporações e as alienações das unidades residenciais, também se mostram ineficazes, porquanto comprometeram, da mesma forma, a efetividade do cumprimento de sentença a ser proferida no processo por improbidade administrativa.

A análise do prejuízo se faz sem os parâmetros da execução comum, previstos na Súmula nº 375 do STJ (*O reconhecimento de fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*).

Semelhantemente à fraude do devedor nas relações tributárias (artigo 185 do CTN), o registro da constrição judicial não constitui referência: a data da publicação da indisponibilidade exerce o papel de marco, nos moldes da inscrição do crédito em Dívida Ativa.

O interesse público já é violado com a mera disposição do bem após o bloqueio judicial, independentemente de condicionantes reservadas para a garantia de direitos privados - averbação na matrícula.

Interpretação diversa significaria a supremacia de interesse particular sobre o coletivo, o que feriria um dos cânones do Direito Administrativo.

A mesma ponderação se aplica à boa-fé de terceiro adquirente. Mesmo que ele não saiba do ato constitutivo - por ausência de registro imobiliário, por exemplo -, a violação ao interesse público decorrente da alienação/onerção da garantia já estará consumada e não pode ser minimizada por necessidades privadas.

A legislação apenas valoriza a boa-fé, se a disposição anteceder o bloqueio judicial. O direito de particular se considera adquirido nesse caso, sem que se possa cogitar, a princípio, de lesão ao patrimônio coletivo.

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado essa posição nas execuções fiscais, deixando de aplicar a Súmula nº 375. Coerentemente, as fraudes praticadas em processos por improbidade administrativa seguem diretriz similar:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM ANTERIOR À CITAÇÃO. VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO. ART. 185 DO CTN. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. A Primeira Seção, na assentada de 10.11.2010, no julgamento do REsp 1.141.990/PR, de Relatoria do Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ, consolidou entendimento segundo o qual não se aplica à execução fiscal a Súmula 375/STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

2. A não aplicação do art. 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público ou prova da má-fé dos negociantes, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante 10 do STF.

3. Se o negócio jurídico se aperfeiçoou em data posterior à entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, é suficiente para caracterizar a fraude à execução a inscrição em dívida ativa. Caso contrário, exige-se que tenha havido prévia citação no processo judicial.

4. No caso dos autos, conforme se extrai do acórdão recorrido, a execução fiscal assim como a citação ocorreram em momento posterior à transferência do bem do executado para o adquirente, o que, de acordo com a jurisprudência do STJ, não se caracteriza como fraude à execução fiscal.

5. A ausência de registro ou mesmo o não pagamento de laudêmio não invalida o negócio jurídico, o que afasta a possibilidade de ser mantida a constrição, como bem determinou o Tribunal de origem.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AgRg no Resp 1532310, Relator Humberto Martins, Terceira Turma, DJ 22/09/2015).

Ana Elisa Silva Mantovani adquiriu imóvel cuja indisponibilidade foi violada por Antônio Carlos da Gama e Silva, que promoveu venda posteriormente à intimação de decisão judicial. O direito aquisitivo não possui eficácia para a União e o MPF.

Resta a ela aguardar o desfecho dos embargos de terceiro nº 0004907-51.2008.4.03.6100, de iniciativa de Horizonte Empreendimentos e Incorporações Ltda., que traz como proposta a substituição do terreno pelo equivalente em dinheiro. A medida asseguraria a manutenção da incorporação imobiliária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0006257-86.2013.4.03.6104

(2013.61.04.006257-7)

Agravante: RODRIGO CLAUDIONOR MENDES

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: RODRIGO CLAUDIONOR MENDES

Apelada: UNIÃO DAS INSTITUIÇÕES DE SERVIÇO, ENSINO E PESQUISA LTDA - UNISEPE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AMS 350224

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ABONO DE FALTAS E REALIZAÇÃO DE PROVAS DURANTE PERÍODO DE GUARDA RELIGIOSA NO ESTADO DE SÃO PAULO. APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 12.142/2005. AGRAVO INOMINADO PROVIDO.

1 - As instituições de ensino, através da chamada autonomia universitária prevista no artigo 207 da Magna Carta, podem estabelecer regras quanto ao seu funcionamento, desde que respeitada a Constituição e a lei vigente.

2 - Por considerar que o impetrante, ao se matricular no curso universitário, tinha conhecimento da grade curricular do curso, da carga horária, bem como da frequência mínima de aproveitamento, esta Corte, privilegiando os princípios da isonomia e da autonomia universitária, vinha decidindo que o aluno deveria se submeter a tais regras, independentemente de sua religião. Precedentes.

3 - Ocorre que, ante a pendência de julgamento da ADI 3714, deve-se considerar que a ponderação entre os princípios da autonomia universitária e da liberdade religiosa foi realizada pela Lei do Estado de São Paulo nº 12.142/2005.

4 - O Artigo 2º da mencionada lei dispõe que “é assegurado ao aluno, devidamente matriculado nos estabelecimentos de ensino público ou privado, de ensino fundamental, médio ou superior, a aplicação de provas em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa”, além de que “poderá o aluno, pelos mesmos motivos previstos neste artigo, requerer à escola que, em substituição à sua presença na sala de aula, e para fins de obtenção de frequência, seja-lhe assegurada, alternativamente, a apresentação de trabalho escrito ou qualquer outra atividade de pesquisa acadêmica, determinados pelo estabelecimento de ensino, observados os parâmetros curriculares e plano de aula do dia de sua ausência”.

5 - Agravo inominado provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento

ao agravo inominado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de abril de 2017.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de apelação em mandado de segurança impetrado para determinar que a instituição de ensino abone as faltas e substitua a presença do impetrante nas aulas lecionadas durante o período sabático (pôr do sol de sexta feira ao pôr do sol de sábado) por aulas ou trabalhos em outros horários, além de não marcar provas ou atividades nesse período.

Foram prestadas informações.

A liminar foi indeferida.

Em sentença, a segurança foi denegada.

O impetrante interpôs apelação alegando os princípios da razoabilidade e da liberdade de crença, além da Lei do Estado de São Paulo nº 12.142/2005.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento da apelação.

Foi proferida decisão monocrática negando seguimento à apelação, com fulcro no Artigo nº 557 do antigo CPC.

O impetrante interpôs agravo inominado, pugnando pela reforma da decisão, argumentando que o direito pleiteado encontra-se previsto na Lei do Estado de São Paulo nº 12.142/2005.

A União foi intimada para responder o agravo inominado.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

As instituições de ensino, através da chamada autonomia universitária prevista no artigo 207 da Magna Carta, podem estabelecer regras quanto ao seu funcionamento, desde que respeitada a Constituição e a lei vigente:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Por considerar que o impetrante, ao se matricular no curso universitário, tinha conhecimento da grade curricular do curso, da carga horária, bem como da frequência mínima de aproveitamento, esta Corte, privilegiando os princípios da isonomia e da autonomia universitária, vinha decidindo que o aluno deveria se submeter a tais regras, independentemente de sua religião. (AMS 00061724720064036104, DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO

HADDAD, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/12/2009 PÁGINA: 476) (AMS 00105438320084036104, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/09/2010 PÁGINA: 863) (AC 00048481820114058100, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 08/11/2012 - Página: 182.) (APELREEX 200985000050837, Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 02/06/2010 - Página: 727.) (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0005478-28.2013.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 16/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2015 - grifei) (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0008677-23.2011.4.03.6108, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 23/08/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/08/2012) (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0000707-59.2012.4.03.6003, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 25/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/07/2015) (TRF3 - 2012.61.00.005229-5/SP TERCEIRA TURMA - RELATOR: Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - 28/5/2013)

Ocorre que, ante a pendência de julgamento da ADI 3714, deve-se considerar que a ponderação entre os princípios da autonomia universitária e da liberdade religiosa foi realizada pela Lei do Estado de São Paulo nº 12.142/2005.

O Artigo 2º da mencionada lei dispõe que “é assegurado ao aluno, devidamente matriculado nos estabelecimentos de ensino público ou privado, de ensino fundamental, médio ou superior, a aplicação de provas em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa”, além de que “poderá o aluno, pelos mesmos motivos previstos neste artigo, requerer à escola que, em substituição à sua presença na sala de aula, e para fins de obtenção de frequência, seja-lhe assegurada, alternativamente, a apresentação de trabalho escrito ou qualquer outra atividade de pesquisa acadêmica, determinados pelo estabelecimento de ensino, observados os parâmetros curriculares e plano de aula do dia de sua ausência”.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo inominado para conceder a segurança e garantir ao aluno a aplicação de provas em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa e ter sua presença em sala, no referido período, assegurada ou substituída por trabalho escrito ou qualquer outra atividade de pesquisa acadêmica.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0021505-71.2013.4.03.0000

(2013.03.00.021505-7)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravadas: NILZA BOZELI CEZARE E MÁRCIA CRISTINA CAPELINI PAGLIONI CORREIA

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: AI 513261

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/02/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E OFENSA À AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE DEVOLUTIVIDADE QUANTO AOS TEMAS DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, ILEGITIMIDADE ATIVA E INTERESSE PROCESSUAL. OBJETO DE EXAME DO AGRAVO ADSTRITO À INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 37, § 4º, DA CF/1988. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS AGRAVADAS CONSIDERADA PARA FINS DO DECRETO DE INDISPONIBILIDADE. NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DO *QUANTUM*. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE. PREJUDICADA A ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL.

I. Agravo de instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que, em sede de ação civil pública por improbidade administrativa, afastou as preliminares processuais suscitadas pelas requeridas, recebeu a peça inicial (artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/1992) e indeferiu o pedido liminar de indisponibilidade de bens, ao fundamento da não comprovação da prática concreta de atos voltados à dilapidação do seu patrimônio.

II. O tema da indisponibilidade patrimonial foi analisado pelo Juízo de 1º grau no bojo da decisão impugnada à luz dos elementos constantes dos autos originários até aquele momento, consideradas, inclusive, as manifestações das requeridas para o escopo de ser deliberado sobre o pleito ministerial, de modo que não restam configuradas a supressão de instância e a ofensa à ampla defesa. Presentes as condições de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do agravo de instrumento.

III. As matérias atinentes à incompetência da Justiça Federal, foro por prerrogativa de função, inadequação da via eleita, ilegitimidade ativa do MPF e ausência de interesse processual, suscitadas pelas agravadas, não constituem objeto do presente recurso. Em que pese terem sido analisadas na decisão recorrida, não constaram da inicial recursal apresentada pelo Ministério Público Federal, ou seja, é vedada a sua reapreciação em sede do presente agravo de instrumento por não estarem abrangidas pelo âmbito de devolutividade. Seu exame depende de provocação da parte interessada por meio do manejo de recurso apropriado, situação inócua *in casu*, motivo

pelo qual não se perquire acerca de sua análise.

IV. A ação civil pública originária, com pedido liminar de indisponibilidade de bens, objetiva a condenação das rés às penas do artigo 12, II e III, da Lei de Improbidade Administrativa, dada a prática das condutas insculpidas no artigo 10, incisos V, VIII e XII, e artigo 11, *caput*, do mesmo diploma, porquanto apurada, em sede de investigação administrativa, a ocorrência de irregularidades em procedimento de licitação promovido pelo Município de São João das Duas Pontes/SP, concernentes ao indevido reconhecimento de situação de inexigibilidade do certame, pois firmado pacto administrativo com empresa promotora de *shows* artísticos sem apresentação de documentação comprobatória de exclusividade para contratação dos intérpretes, requisito indispensável à não realização do procedimento licitatório.

V. Na forma do artigo 37, § 6º, da CF/1988 e artigo 7º da Lei nº 8.429/1992, é pressuposto para decretação da indisponibilidade de bens o *fumus boni juris*, ou seja, a demonstração de elementos que atrelem a conduta narrada à prática de atos tidos por ímprobos, dos quais resulte lesão ao patrimônio público ou o enriquecimento ilícito, não exigida a presença concomitante das duas situações. Quanto ao requisito do *periculum in mora*, não há necessidade de comprovação de atos concretos de dilapidação patrimonial, suficiente a demonstração indiciária quanto ao dano ao erário ou ao locupletamento indevido. Precedentes do STJ (REsp 1.366.721, julgado sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/1973).

VI. As declarações de exclusividade apresentadas pela empresa contratada não atendem às exigências legais (artigo 25, III, da Lei nº 8.666/1993) e às condições pactuadas por ocasião da celebração do convênio para repasse de verba federal entre a municipalidade e o Ministério do Turismo (cláusula 3º, item “oo”), a tornar indevido o reconhecimento da inexigibilidade do certame, conduta para a qual concorreram as agravadas. Estão, portanto, demonstrados os pressupostos hábeis à decretação da indisponibilidade, na medida em que sinalizam a possibilidade da ocorrência de prejuízo ao erário decorrente da prática de ato ímprobo (artigo 7º da LIA).

VII. Imperioso reconhecer para fins da indisponibilidade, por decorrência, a responsabilidade solidária das requeridas até o final julgamento da lide originária, quando se procederá à delimitação das respectivas obrigações de ressarcimento pelos prejuízos apurados. Precedentes do STJ.

VIII. O arbitramento da indisponibilidade deve balizar-se pelo dano indiciário apontado, considerados, *in casu*, o valor do repasse da verba federal, a contrapartida financeira do município, o montante indicado para fins de condenação das requeridas ao pagamento da multa civil e a incidência de juros e correção monetária.

IX. Decisão agravada reformada para o fim de determinar a indisponibilidade patrimonial das agravadas, limitado o decreto ao valor de R\$ 400.000,00 para cada uma.

X. Contraminutas conhecidas em parte. Preliminares rejeitadas. Agravo de instrumento provido em parte. Prejudicada a apreciação do agravo regimental, à vista do julgamento do recurso.

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, conhecer em parte

das contraminutas e rejeitar as preliminares suscitadas, bem como dar parcial provimento ao agravo de instrumento para o fim de determinar a indisponibilidade patrimonial das agravadas, limitado o decreto ao valor de R\$ 400.000,00 para cada uma, e declarar prejudicada a apreciação do agravo regimental, à vista do julgamento do recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

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

Agravo de instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão que, em sede de ação civil pública por improbidade administrativa, afastou as preliminares processuais suscitadas pelas requeridas, recebeu a peça inicial (artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/1992) e indeferiu o pedido liminar de indisponibilidade de bens, ao fundamento da não comprovação da prática concreta de atos voltados à dilapidação do seu patrimônio (fls. 150/151v).

Cinge-se a insurgência do agravante à parte do *decisum* que deixou de determinar a indisponibilidade de bens das agravadas requerida em sua exordial. Sustentou, em síntese, que:

a) ajuizou ação civil pública com pedido liminar de indisponibilidade patrimonial e de condenação das rés pela prática de atos de improbidade administrativa às penas do artigo 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/1992, em razão da utilização indevida do instrumento da inexigibilidade de licitação para a contratação de *shows* artísticos, vinculada à celebração do Convênio nº 739977/2010 entre o Ministério do Turismo e o Município de São João das Duas Pontes/SP;

b) a não realização de licitação e subsequente contratação foram irregulares, pois não comprovada a exclusividade na “comercialização dos artistas”, requisito indispensável para a modalidade “inexigibilidade de licitação”, conduta caracterizada como ímproba, nos termos do artigo 10, incisos V, VIII e XII, e artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/1992;

c) foram ajuizadas diversas ações civis públicas com objeto similar, porquanto verificada a prática das mesmas irregularidades por 39 municípios da região do noroeste paulista, qual seja, a contratação para realização de *shows* artísticos em eventos locais com indevido reconhecimento de inexigibilidade de licitação e má utilização de verba federal, repassada por meio de convênios celebrados com o Ministério do Turismo, entre os anos de 2007 e 2010;

d) a situação teve grande repercussão, inclusive com ampla divulgação na mídia, o que ensejou a edição da Portaria nº 112 do Ministério do Turismo, que enrijeceu as regras para repasse de recursos públicos destinados ao apoio de tais programas sociais;

e) o pedido de indisponibilidade, cuja análise foi postergada pelo Juízo de 1ª instância para depois da manifestação preliminar das requeridas, foi indeferido ao fundamento de que não houve a demonstração dos pressupostos concretos para a decretação da medida, em especial quanto à dilapidação patrimonial por parte das demandadas. Os requisitos, contudo, estavam devidamente caracterizados na espécie, dada a existência de comprovação de suficientes indícios da prática de atos de improbidade administrativa lesivos ao erário;

f) não há dúvidas acerca da presença do *fumus boni juris*, o qual foi reconhecido pela

magistrada de 1º grau, posto que evidenciado por meio de documentos que apontaram indícios suficientes das ilicitudes narradas na exordial da ação originária, a saber, contratação direta pela municipalidade, em virtude do indevido reconhecimento de inexigibilidade de procedimento licitatório. O pacto administrativo não foi celebrado diretamente com os artistas tampouco por meio de seus empresários exclusivos, mas por *empresa intermediária*, Agnaldo José Paglione Correa & Cia. Ltda., que se dizia “exclusiva para as datas” dos eventos quanto às bandas Estrela Super Som, Albatroz e W. Brasil;

g) não há necessidade de ser evidenciada a dilapidação patrimonial, pois doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à caracterização *in re ipsa do periculum in mora* em casos de improbidade, ou seja, a presunção de sua existência a partir dos fatos, decorrência do disposto no artigo 7º da LIA. Prescindível, assim, qualquer demonstração nesse sentido;

h) o decreto de indisponibilidade não causa prejuízo irreversível às rés, dado que atinge somente a faculdade de alienar seus bens. Por conseguinte, resta mantido o exercício dos demais poderes inerentes ao domínio (artigo 1.228 do CC);

i) por maior razão deverá neste momento ser decretada a indisponibilidade, uma vez que foram as requeridas devidamente notificadas do ajuizamento da ação civil pública, o que aumenta o risco de que malbaratem seus bens.

Às fls. 154/161, foi nesta instância deferida a antecipação da tutela recursal para determinar a indisponibilidade dos bens das agravadas.

Contraminita de Márcia Cristina Capelini Paglioni Correa (fls. 163/179), na qual arguiu que:

a) a decisão agravada não apreciou o pedido de indisponibilidade de bens, apenas postergou sua análise para momento oportuno, qual seja, depois de estabelecido o contraditório. Assim, não pode o pleito ser examinado em sede recursal, sob pena de supressão de instância e afronta à ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF/1988), a tornar imperioso o não conhecimento do agravo de instrumento;

b) em manifestação apresentada perante o Juízo de origem, a agravada comprovou por meio documental que as empresas contratadas demonstraram sua exclusividade quanto à promoção dos *shows* de entretenimento visados pela municipalidade, em especial quanto aos artistas e datas almejados. Desse modo, ainda que fosse instaurado processo licitatório, haveria a habilitação de apenas uma empresa, pois os intérpretes “não iriam de forma alguma conceder carta de exclusividade para aquele período para outro empresário”, ou seja, não havia outra empresa que pudesse representar as bandas na data do evento;

c) a contratação direta foi lícita. As cartas de exclusividade, que têm mera natureza “operacional”, foram firmadas pelos próprios artistas ou pelo empresário exclusivo. Ademais, não restaram configurados excessos, má-fé, desvio de finalidade, abuso, dolo, erro grosseiro ou culpa manifesta;

d) não houve qualquer prejuízo à administração pública, porquanto o serviço foi devidamente aprovado pelo Ministério do Turismo e efetivamente prestado pelas contratadas. Inexistente dano ao erário, não há que se falar em improbidade administrativa;

e) o MPF não comprovou a existência dos requisitos autorizadores da decretação de indisponibilidade, visto que o mero ajuizamento da ação civil pública não é para tanto suficiente;

f) não está caracterizada a improbidade administrativa arguida na exordial da demanda originária, qual seja, a irregularidade de contratação direta decorrente da inobservância aos parâmetros contidos no artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, porque não se deu “dire-

tamente com os artistas”. É notório o fato de que eles não se dispõem ao contato direto, tão somente por meio de seus empresários, já que “não têm tempo para correr atrás de papeladas”. Outrossim, o agente é devidamente credenciado para representar o artista e o contrato entre eles firmado não pode ser infringido;

g) as hipóteses legais de inexigibilidade objetivam atender a “interesse público singular”, que escapa ao padrão de normalidade e, portanto, não revela “situação normal que implique solução padronizada”, a tornar despicenda a rigorosidade na contratação;

h) deu-se a escolha com base na preferência da população da localidade, direcionada a contratação aos artistas que fazem “algum sucesso particular em suas apresentações”, cobram “preço módico e suportável” e “estão na moda”. Dessa maneira, “a população deseja tal apresentação e não outra, embora pudesse até ser de melhor qualidade”, ou seja, em razão da *inviabilidade de competição* foram automaticamente excluídos os artistas que não atendiam a tais pressupostos;

i) a inexigibilidade de licitação foi precedida do devido processo de avaliação, cujo referencial máximo para contratação não ultrapassa o valor constante do plano de trabalho aprovado;

j) não está configurado superfaturamento nas contratações, uma vez que o município estava vinculado ao limite do repasse da verba federal;

k) a inicial da ação originária não logrou demonstrar a responsabilidade da agravada pelas condutas descritas nos incisos V, VIII e XII do artigo 10 e *caput* do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa;

l) a decisão liminar proferida no presente agravo deve ser reformada, dada a ausência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Além disso, deve ser “negado seguimento” ao recurso em razão da ausência de condição de admissibilidade. Sucessivamente, deverá ser o agravo desprovido e condenado o *Parquet* Federal a arcar com os ônus sucumbenciais.

Agravo regimental de Márcia Cristina Capelini Paglioni Correa (fls. 194/210) contra a decisão liminar de fls. 154/161, que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, interposto com o escopo de vê-la reformada, cujas arguições repisaram, em suma, a linha de argumentação expendida na manifestação de fls. 163/179. A resposta do Ministério Público Federal ao recurso está acostada às fls. 260/265, no sentido do seu desproimento.

Contraminuta de Nilza Bozeli Cézare às fls. 211/232. Pugnou pelo conhecimento do agravo de instrumento e seu desproimento, com cassação da liminar concedida. Aduziu que:

a) os precedentes jurisprudenciais que embasaram a decisão agravada não são aplicáveis à espécie, dado que remetem a casos “históricos”, um deles atrelado à suspeita de dano ao erário no patamar de R\$ 209 milhões.

b) a decisão não poderia ter apreciado *inaudita altera parte* o tema da indisponibilidade de bens, o que implicou violação ao artigo 5º, incisos LIV e LV (direito de defesa), e artigo 102, inciso III, alínea “a”, ambos da CF/1988;

c) a Justiça Federal é incompetente para apreciação do feito. A verba *sub judice*, repassada pelo Ministério do Turismo, foi incorporada ao patrimônio municipal e não está sujeita à prestação de contas junto ao TCU, de modo que não está configurado o interesse federal, o que revela a competência da Justiça Estadual para julgamento da lide. Ausente o interesse da União, caracterizada está, também, a ilegitimidade ativa *ad causam* do MPF e a falta de interesse processual para o ajuizamento da ação civil pública;

d) o agente político não pode ser responsabilizado nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, pois “a natureza da sanção é diversa”. Dessa forma, deveria a agravada, prefeita do município à época dos fatos, ser julgada por crime de responsabilidade perante o Tribunal de Justiça (foro por prerrogativa de função), inobservância que revela a inadequação da via eleita e a nulidade absoluta dos atos processuais praticados (artigo 29, X, da CF/1988; artigos 111 e 113 do CPC/1973; Súmula 702 do STF);

e) a contratação foi regular, porquanto configurada a inexigibilidade da licitação, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, situação “aceita” pelo próprio Ministério do Turismo. Assim, não houve desvio de finalidade, abuso, dolo, erro grosseiro ou culpa manifesta, mas apenas “falhas operacionais” (fl. 225). Tampouco houve vontade ou consciência voltadas a alcançar objetivos escusos. Justificada a inexigibilidade, também, por se tratar de interesse público “que escapa ao padrão da normalidade” e requer solução não padronizada;

f) “deu-se a escolha com base na preferência da população da localidade, direcionada a contratação aos artistas que fazem ‘algum sucesso particular em suas apresentações’, cobram ‘preço módico e suportável’ e ‘estão na moda’. Dessa maneira, ‘a população deseja tal apresentação e não outra, embora pudesse até ser de melhor qualidade’, ou seja, em razão da *inviabilidade de competição* foram automaticamente excluídos os artistas que não atendiam a tais pressupostos” (argumentos apresentados de forma idêntica pela agravada Márcia);

g) não houve superfaturamento nas contratações, dado que deve ser observado o valor referencial máximo constante do plano de trabalho aprovado;

h) o STJ tem entendimento no sentido de que a contratação de artistas por intermédio de produtoras não depende, necessariamente, da preexistência de contrato de exclusividade entre eles celebrado.

i) não demonstrada a percepção de qualquer vantagem indevida, dano ao erário, má-fé, dolo (artigo 84 do código Penal) ou culpa, não pode ser decretada a indisponibilidade de seu patrimônio, sob pena de ser configurado prejuízo relevante e irreparável.

Em seu parecer, o membro do Ministério Público Federal que oficia no segundo grau requereu o provimento ao presente recurso (fls. 269/275).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

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

Antes de examinar as arguições expendidas em relação ao objeto do recurso, consignam-se as ponderações a seguir quanto às matérias suscitadas em sede das contraminutas, as quais, consoante a argumentação apresentada, seriam hábeis a obstar a apreciação do mérito do agravo de instrumento.

1. Da Admissibilidade Recursal

Ab initio, impende registrar que a decisão agravada de fato apreciou o tema da indisponibilidade de bens, de modo que *não* se procedeu à postergação de seu exame, ao revés do arguido. Confira-se excerto do provimento impugnado, *verbis* (fls. 151/151v):

(...)

Passo, agora, a apreciar o pedido de indisponibilidade de bens, cuja apreciação foi postergada para momento oportuno, depois de estabelecido o contraditório (fl. 14).

(...)

Outrossim, não é demais mencionar que o Ministério Público Federal não demonstrou que as rés estejam dilapidando o seu patrimônio. Não se discute, aqui, a relevância do pedido ministerial, que tem como escopo salvaguardar o patrimônio público. Porém, *não entendo plausível a efetivação da indisponibilidade dos bens neste momento processual, sem a demonstração concreta dos pressupostos para a decretação da medida.*

(...)

Assim, neste momento processual, pelas razões expostas, tenho para mim que *o pedido de indisponibilidade dos bens das rés deve ser indeferido*, porquanto ausentes os requisitos autorizadores de extrema medida, ao menos, frise-se, neste momento processual.

(destaques aditados)

O teor transcrito na manifestação da agravada MÁRCIA CRISTINA CAPELINI PAGLIONI CORREA às fls. 165/166 de sua manifestação, portanto, não se refere ao *decisum ora impugnado*. Concerne, em verdade, ao provimento judicial encartado às fls. 25/25v dos presentes autos, o qual *não* é objeto do agravo de instrumento. Assim, *o tema foi analisado pela magistrada de 1º grau* nos termos da decisão colacionada às fls. 150/151v, à luz dos elementos constantes dos autos originários até aquele momento, consideradas, inclusive, as manifestações das requeridas para o escopo de ser deliberado sobre o pleito ministerial atinente à indisponibilidade de bens.

A própria parte agravada se contradiz em sua contraminuta. Transcreve decisão que não é objeto da irresignação do MPF (fls. 165/166) e, de outro lado, aponta o provimento efetivamente impugnado (fls. 168/169), a revelar manifesta incongruência em sua argumentação. Não prospera, desse modo, o argumento lançado, de modo que não há que se falar em supressão de instância e ofensa à ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, e artigo 102, inciso III, alínea “a”, ambos da CF/1988).

Presentes as condições de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do agravo de instrumento.

2. Das questões de natureza processual

Os temas da *incompetência da Justiça Federal, existência de foro por prerrogativa de função, inadequação da via eleita, ilegitimidade ativa do MPF e ausência de interesse processual*, suscitados em sede das contraminutas, *não constituem objeto do presente recurso. Em que pese terem sido analisados os pontos na decisão recorrida*, não constaram da inicial recursal apresentada pelo Ministério Público Federal. A reapreciação das matérias, nesta instância, dependeria de *provocação da parte interessada por meio do manejo de recurso apropriado* para a finalidade de impugnar especificamente os referidos capítulos do *decisum*. Em outras palavras, o *âmbito de devolutividade do presente agravo está adstrito ao exame da indisponibilidade patrimonial* e, em consequência, à presença ou não dos requisitos necessários à sua decretação. Qualquer outra *quaestio* apreciada pelo Juízo *a quo*, ainda que decidida no bojo do provimento judicial *sub judice*, não poderá ser objeto de análise em sede deste agravo, sob pena de restar configurado julgamento *extra petita*. Assim considerado, *não se perquire acerca da análise dos aludidos pontos*, dos correlatos normativos (artigo 29, X, da CF/1988, artigos 111 e 113 do CPC/1973) e entendimento jurisprudencial colacionado (Súmula 702 do STF, inclusive).

3. Do mérito recursal

O agravo de instrumento comporta parcial provimento.

O MPF aduziu ter havido irregularidades em procedimento de licitação promovido pelo Município de São João das Duas Pontes/SP, concernentes ao indevido reconhecimento de situação de inexigibilidade do certame, porquanto firmado pacto administrativo com empresa promotora de *shows* artísticos sem apresentação de documentação comprobatória de exclusividade para contratação dos intérpretes, requisito indispensável à não realização do procedimento licitatório.

Em que pese à magistrada de 1ª instância ter reconhecido a presença dos indícios da conduta ímproba apontada na exordial da ação civil pública, negou o pedido de indisponibilidade de bens formulado, ao fundamento de que não houve comprovação de que as requeridas estariam em vias de dilapidar seu patrimônio.

A respeito do tema, o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e o artigo 7º da Lei nº 8.429/92 preceituam:

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:

(...)

§ 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, sem prejuízo da ação penal cabível.

Art. 7º. Quando o ato de improbidade causar *lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito*, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

(destaques adotados)

A interpretação dos normativos revela que tanto a lesão ao patrimônio público quanto o enriquecimento ilícito são causas de indisponibilidade, o que não exige a presença concomitante das duas situações. A configuração de uma *ou* outra é suficiente para a determinação da medida, que é provimento cautelar, mas prescinde da propositura de uma ação cautelar autônoma para a sua decretação e pode perfeitamente ser deferida em sede de liminar na ação civil pública. Além disso, a demonstração da existência de indícios do dano ao erário - *fumus boni iuris* do feito principal - por si só legitima a concessão da aludida medida, considerado que o *periculum in mora*, nessa situação, encontra-se subentendido nos mencionados dispositivos.

Anote-se, em relação ao *periculum in mora*, o tema não demandar maiores digressões, uma vez que a Superior Corte sedimentou o entendimento no sentido de que, para ser determinada a indisponibilidade patrimonial em sede de ação civil pública por improbidade administrativa, *não há necessidade de comprovação de atos concretos de dilapidação patrimonial*, suficiente a demonstração dos elementos que atrelem a conduta dos requeridos à prática de atos tidos por ímprobos, matéria julgada sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/1973 (REsp 1.366.721, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 19/09/2014; ementa a seguir colacionada). *O julgado que sufraga a decisão recorrida - julgamento realizado pelo STJ em maio de 2003 -, reflete, portanto, posicionamento superado.* Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC/73. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO IMINENTE OU EFETIVA DO PATRIMÔNIO DO DEMANDADO.

1. Não cabe falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, pois o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo, uma vez que o periculum in mora está implícito no art. 7º da Lei nº 8.429/1992 (LIA).

3 - Recurso especial provido. (destaques aditados)

(STJ, REsp 11899008, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 17/06/2016);

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. REQUISITOS.

1. Hipótese de deferimento liminar da medida de indisponibilidade de bens do agravante, sem sua prévia manifestação, para garantir o integral ressarcimento do suposto dano ao erário.

2. A medida cautelar de indisponibilidade de bens pode ser concedida *inaudita altera pars*, antes mesmo do recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa.

3. *Constatados pelas instâncias ordinárias os fortes indícios do ato de improbidade administrativa (fumus boni iuris), é cabível a decretação de indisponibilidade de bens, independentemente da comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio ou na iminência de fazê-lo, pois o periculum in mora está implícito no comando legal* (REsp 1.366.721/BA, 1ª Seção, Relator p/ acórdão Ministro Og Fernandes, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, DJe 19.09.2014). (destaques aditados)

(STJ, AGAREsp 671281, Rel. Des. Conv. Olindo Menezes, DJe 15/09/2015);

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI Nº 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLEÇÃO DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992).

2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei nº 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo

no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, “(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual ‘os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível’. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido”.

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. *Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução nº 8/2008/STJ.* (destaques aditados)

(STJ, REsp 136621, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 19/09/2014).

Impende registrar, também, algumas considerações quanto à presença do *fumus boni juris*. O Juízo *a quo* apontou expressamente haver indícios suficientes à caracterização da prática, pelas agravadas, de atos de improbidade administrativa lesivos ao erário, o que atende ao preenchimento do aludido pressuposto (fl. 150v). Tais elementos concernem à inobservância dos requisitos para fins de contratação direta pela municipalidade, na forma do artigo 25, III, da Lei nº 8.666/1993, *verbis*:

Art. 25. É *inexigível a licitação* quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...)

III - para *contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo*, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (destaques aditados)

À disposição contida no normativo transcrito foi acrescida a *exigência da cláusula terceira* do Convênio MTur/Município de São João das Duas Pontes-SP nº 739977/2010 (fl. 51 do anexo) :

Cláusula Terceira - Das Obrigações dos Partícipes

I. Compete ao CONCEDENTE:

(...)

oo) apresentar na prestação de contas, quando da contratação de artistas, consagrados, enquadrados na *hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993*, atualizada, por meio de intermediários ou representantes, cópia do *contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório*, sob pena de glosa dos valores envolvidos. *Ressalta-se que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento, conforme dispõe o Acórdão nº 96/2008 - Plenário do TCU.* (destaques adotados)

Constam dos autos em apenso ao presente agravo Peças de Informação - PI nº 1.34.030.000177/2011-86, que a comissão de licitação e o departamento jurídico avalizaram a inexigibilidade do certame. Foi, assim, adjudicado o objeto à empresa Agnaldo José Paglione Correa & Cia. Ltda. (fls. 78/84) e celebrado o Contrato Administrativo nº 050/2010 (fls. 85/89) para o fim de serem contratadas três bandas que teriam exclusividade com a empresária - cuja comprovação foi procedida por meio de duas declarações e uma carta, consoante se afere às fls. 68/72.

As requeridas foram incluídas no polo passivo da lide originária, porque teriam participado dos atos tidos por ímprobos. A corré MÁRCIA CRISTINA CAPELINI PAGLIONI CORREA foi acionada na qualidade de representante legal da empresa contratada, Agnaldo José Paglione Correa & Cia. Ltda. (fls. 70/72, 85/87). A requerida NILZA BOZELI CEZARE, a seu turno, era prefeita à época dos fatos, procedeu à adjudicação da contratação dos *shows*, atuou como ordenadora de despesas, inclusive com emissão da respectiva autorização, assinou o contrato administrativo e seu aditamento (fls. 80/81, 87/88, 92/97 dos autos em apenso).

As aludidas “*declarações*” e a “*carta*”, ao menos neste momento processual e para fins de ser decretada a indisponibilidade de bens pretendida pelo *Parquet* Federal, não consubstanciam documentos que atendem à exigência do Convênio nº 739977/2010 firmado entre a municipalidade e o Ministério do Turismo, porquanto configuram *declarações de exclusividade para as datas dos shows* e, por consequência, *não podem ser equiparadas a contratos de exclusividade firmados entre empresários e artistas, registrados em cartório*, na forma exigida pela transcrita cláusula terceira, item “oo”, do aludido instrumento. Tais documentos, assim, trazem indícios hábeis à configuração do *fumus boni juris* indispensável à decretação da indisponibilidade, na medida em que sinalizam a possibilidade da ocorrência de prejuízo ao erário decorrente da prática de ato ímprobo, o que atende ao correlato requisito insculpido no artigo 7º da LIA.

Não se aplica à espécie o entendimento do C. STJ invocado pelas agravadas, atinente à “desnecessidade de preexistência de contrato de exclusividade”, uma vez que o dever ora examinado decorre não só de disposição legal, como também das cláusulas do convênio *in casu* pactuado.

Em complemento, anote-se que a configuração de má-fé, dolo (artigo 84 do CP), culpa, eventuais excessos por parte das requeridas, bem como a análise exauriente dos argumentos

por elas lançados, deverão ser objeto da instrução probatória na lide originária. Para fins da indisponibilidade patrimonial, é suficiente o entrever indiciário de sua participação na conduta apontada como ímproba e que causou prejuízo ao patrimônio federal, de modo que não se perquire acerca do esgotamento das provas para tal finalidade, pois os elementos trazidos pelo agravante são aptos a fundamentar a decretação da indisponibilidade de bens.

Confirmada a existência dos indícios de conduta ímproba e dano ao erário, vinculados ao *fumus boni juris*, e presente o *periculum in mora*, na forma consignada, é imperioso reconhecer para fins da indisponibilidade, por decorrência, a *responsabilidade solidária* das requeridas até o final julgamento da lide originária, quando se procederá à delimitação das respectivas obrigações de ressarcimento pelos prejuízos apurados, entendimento assente nos tribunais pátrios. Traz-se a lume, a título exemplificativo, o seguinte julgado do C. STJ:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA MEDIDA ANTES DO RECEBIMENTO DA INICIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ATÉ A INSTRUÇÃO FINAL DO FEITO. INCIDÊNCIA TAMBÉM SOBRE BENS ADQUIRIDOS ANTES DA CONDUITA ÍMPROBA.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a decretação da indisponibilidade e do sequestro de bens em ação de improbidade administrativa é possível antes do recebimento da ação. Precedentes: AgRg no AREsp 671281/BA, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 15/09/2015; AgRg no REsp 1317653/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/03/2013; AgRg no AREsp 20853/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 29/06/2012.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, “nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento”. Precedentes: MC 15.207/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/02/2012;

3. A jurisprudência do STJ conclui pela possibilidade de a indisponibilidade recair sobre bens adquiridos antes do fato descrito na inicial. Precedentes: REsp 1301695/RS, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 13/10/2015; EDcl no AgRg no REsp 1351825/BA, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/10/2015.

4. Agravo regimental não provido. (destaques adotados)

(STJ, AGAREsp 698259, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, v.u., DJe 04/12/2015).

Assim ponderado, passa-se ao *apontamento do quantum* a ser fixado.

O *Parquet* Federal não apresentou um valor aproximado quanto à pretensão de indisponibilidade, seja em sua inicial recursal, seja no exórdio da ação civil pública. Não pode a decretação, contudo, voltar-se contra a totalidade do patrimônio das agravadas por ser medida que não se coaduna à razoabilidade e proporcionalidade e refoge à própria *mens legis*, destinada tão somente a assegurar o integral ressarcimento pelos prejuízos causados, *abarcado o efetivo dano sofrido e as penalidades acessórias, a exemplo da multa civil*. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante se ilustra pelas ementas a seguir colacionadas:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL AÇÃO CIVIL PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CONSTRITIVA DIFERENTE DO MERO BLOQUEIO DE BENS: DEPÓSITO JUDICIAL

DAS CONTRAPRESTAÇÕES VINCENDAS REFERENTES AO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS COM RESERVA DE DOMÍNIO AO FINAL DO PAGAMENTO DOS 36 MESES, SEM SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO CONTRATUAL. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS NO ÂMBITO DAS CAUTELARES. ART. 17, § 7º, DA LEI 8.429/1992. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI 8.429/1992. PERICULUM IN MORA IMPLÍCITO. MEDIDA NÃO AUTOMÁTICA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. MEDIDA PRETENDIDA DE NATUREZA SATISFATIVA. (...)

2. A jurisprudência do STJ, em Recurso Repetitivo (Resp 1.366.721/BA, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/Acórdão Min. OG FERNANDES, Primeira Seção, julgado em 26.02.2014, DJe 19.09.2014), firmou a orientação que o *periculum in mora*, por ser implícito no art. 7º da Lei 8.429/1992, dispensa a demonstração de dilapidação do patrimônio ou sua tentativa, mas cinge-se apenas às hipóteses de decretação de indisponibilidade de bens e ainda assim, não afastam a necessidade de sua adequada fundamentação, *havendo a necessidade de se aferir a presença dos seguintes requisitos: (a) sejam demonstrados fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que tenha causado lesão ao patrimônio público ou ensejado enriquecimento ilícito (fumus boni iuris); (b) seja a decisão adequadamente fundamentada pelo Magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal); (c) esteja dentro do limite suficiente, podendo alcançar tantos bens quantos forem necessários a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao Erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma; e (d) seja resguardado o valor essencial para subsistência do indivíduo.* (...)

7. Agravo Regimental do MPF a que se nega provimento, sem excluir a decretação de outra medida que se ajuste às limitações jurídicas e respeite o justo processo. (destaques adotados) (STJ, AGREsp 1494328, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, v.u., DJe 26/06/2015);

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. OFENSA AOS ARTS. 131, 458, II, E 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS PARA O DEFERIMENTO DA MEDIDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. LIMITE DA CONSTRIÇÃO. VALOR NECESSÁRIO AO INTEGRAL RESSARCIMENTO DO DANO. ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Recurso Especial manifestado contra acórdão que negou provimento a Agravo de Instrumento interposto de decisão que, nos autos de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, deferiu o pedido de indisponibilidade dos bens de todos os demandados, até o valor total atribuído à causa.

(...)

IV. De acordo com o art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/92, a indisponibilidade dos bens dos réus deve assegurar o integral ressarcimento do dano ou recair sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, acrescido do valor do pedido de condenação em multa civil, se houver.

(...)

VI. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, “nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento” (STJ, MC 15.207/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TUR-

MA, DJe de 10/02/2012).

(...)

VIII. Recurso Especial conhecido e parcialmente provido, para determinar que a medida de indisponibilidade dos bens da recorrente seja limitada ao valor necessário ao integral ressarcimento do dano indicado no item E, IX, do pedido formulado na inicial da Ação Civil Pública.

(destaques aditados)

(STJ, REsp 1438344, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, v.u., DJe 09/10/2014);

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. MEDIDA DECRETADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU E CASSADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INTERPRETAÇÃO QUE NÃO SE COADUNA COM A FINALIDADE DA MEDIDA ASSECURATÓRIA E DIVERGE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. O caso origina-se de Ação Civil Pública voltada à apuração de responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa consistentes em esquema fraudulento montado para direcionar licitações de ambulâncias nos municípios. Decretada a indisponibilidade dos bens dos réus, a decisão de primeira instância foi suspensa em liminar de Agravo de Instrumento pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que afirmou inexistente o *periculum in mora*.

3. No mérito, consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça o posicionamento de que o *deferimento da medida constritiva não está condicionado à comprovação de que os réus estejam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora está implícito no comando legal* e, portanto, é presumido pela mera existência de fundados indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário.

4. A *proporcionalidade* pode ser utilizada como critério para determinar o alcance do bloqueio patrimonial, mas não para funcionar como requisito a impedir o deferimento da medida. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ já sedimentou entendimento de não ser desproporcional a constrição patrimonial decretada até o limite da dívida, incluindo-se aí valores decorrentes de possível multa civil que venha a ser imposta como sanção autônoma. Precedentes.

(...)

6. Recurso Especial parcialmente provido. (destaques aditados)

(STJ, REsp 1317439, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, v.u., DJe 18/09/2013).

Extraí-se dos precedentes colacionados, também, que a *proporcionalidade* não pode ser utilizada para afastar a imposição do decreto de indisponibilidade patrimonial, porque configura *um dos critérios* para delimitação do valor. Não pode ser empregada, portanto, para afastar a imposição da medida.

O arbitramento da indisponibilidade deve balizar-se pelo dano indiciário apontado, considerados, *in casu*: a) o valor do repasse da verba federal por ocasião da celebração do Convênio nº 739977/2010 para a realização do evento intitulado “10ª Festa do Peão”, quantia original de R\$ 100.000,00 (fls. 51/52 do apenso); a contrapartida financeira do Município de São João das Duas Pontes/SP, originalmente R\$ 5.000,00 (fls. 33, 51/52 dos autos em apenso); o montante indicado para fins de condenação das requeridas ao pagamento da multa civil, R\$ 210.000,00, equivalente a duas vezes o dano perpetrado (fl. 22v); a incidência de juros e correção monetária.

De conseguinte, considerados os parâmetros ora apontados e a aludida responsabilidade solidária das requeridas, impõe-se a indisponibilidade de bens até o patamar de R\$ 400.000,00 para cada corré.

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE DAS CONTRAMINUTAS E REJEITO AS PRE-

LIMINARES SUSCITADAS, bem como DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, a fim de determinar a indisponibilidade patrimonial das agravadas, limitado o decreto ao valor de R\$ 400.000,00 para cada requerida. Em consequência, resta *prejudicada a análise do agravo regimental* de fls. 194/210, à vista do julgamento do recurso.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA:

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação de tutela recursal interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão proferida em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa que recebeu a petição inicial e indeferiu o pedido liminar de indisponibilidade de bens sob o fundamento de que não ficou comprovado a prática de atos concretos voltados a dilapidação patrimonial.

Inconformado, o agravante se insurgiu em relação ao indeferimento do pedido de indisponibilidade de bens das agravadas.

Em seu r. voto, o e. Desembargador Federal Relator deu parcial provimento ao recurso para determinar a indisponibilidade patrimonial das agravadas ao valor de R\$ 400.000,00, expondo os parâmetros utilizados para alcançar referido montante e considerando a responsabilidade solidária entre as corrés. Restou prejudicada a análise do agravo regimental.

Acompanho integralmente o e. Relator quanto à existência do *fumus boni juris* a justificar o decreto de indisponibilidade de bens das agravadas, uma vez que, conforme bem reconhecido pelo MM. Juiz *a quo*, diante dos elementos probatórios constantes nos autos, há indícios suficientes de prática de atos de improbidade administrativa imputados às agravadas.

Quanto ao *periculum in mora*, esse é presumido e emerge do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 e artigo 7º da Lei de improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), tendo o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/1973, sedimentado entendimento no sentido de que para a decretação de indisponibilidade dos bens não é necessário a comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, sendo suficiente a demonstração de indícios que relacionem a conduta dos réus à prática de atos considerados ímprobos. Destaco:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE. PROCESSO DE LICITAÇÃO. CRIAÇÃO DE EMPRESAS-FANTASMAS. INDISPONIBILIDADE DE BENS. POSSIBILIDADE.

1. Trata-se na origem, de Ação Cautelar incidental de indisponibilidade de bens ajuizada pelo Ministério Público Federal em Ação de Improbidade Administrativa decorrente das chamadas operações “Licitação e Fachada”, com objetivo de desarticulação de quadrilha voltada à fraude em licitações no Estado da Paraíba, mediante a criação de “empresas-fantasmas” em nome de interpostas pessoas (“laranjas”) para participação em certames licitatórios.

2. É firme o entendimento no STJ de que a decretação de indisponibilidade dos bens não se condiciona à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial. Ademais, tal medida consiste em “tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que

atinge toda a coletividade”.

3. Com o julgamento do REsp 1.366.721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19/9/2014, sob o rito dos Recursos Repetitivos, art. 543-C do CPC, não existe mais dúvida quanto à controvérsia colocada nos autos.

4. Recurso Especial provido.

(REsp 1584112/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 07/10/2016)

Portanto, verificados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, impõe-se a decretação de indisponibilidade de bens.

Contudo, peço vênia para divergir dos termos em que o E. Relator fixou a medida de indisponibilidade dos bens para cada corrê, pois excessivamente gravosa, indo além dos desígnios a que se propõe a indisponibilidade de bens. Não pode a medida acautelatória significar antecipação da punição, devendo obedecer aos limites legais e constitucionais.

No caso dos autos não é possível fixar o valor de R\$ 400.000,00 para cada corrê, uma vez que de acordo com os parâmetros constantes nos autos, apesar de o Ministério Público Federal não fixar uma quantia, referido montante seria referente ao valor total, correspondente ao dano causado ao erário somado ao montante relativo a multa, com a incidência de juros e correção monetária.

Portanto, se o MPF não indica o valor que cada um dos réus deve preventivamente arcar para eventual ressarcimento, impõe-se ao magistrado fazer a divisão do valor total sob os princípios da proporcionalidade, individualidade e razoabilidade.

Assim, existindo duas agravadas, entendo razoável, tomando por base o montante total e observando o princípio da proporcionalidade, fixar o valor de R\$ 200.000 (duzentos mil reais), para fins de indisponibilidade de bens, para cada agravada.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO para determinar a indisponibilidade patrimonial das agravadas, limitando o decreto ao valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para cada corrê. Prejudicada a análise do agravo regimental.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

0005974-07.2015.4.03.6100

(2015.61.00.005974-6)

Parte Autora: IVANISE DA SILVA

Parte Ré: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 5ª REGIÃO - CRTR/SP

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: REOMS 359917

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO DE TÉCNICO EM RADIOLOGIA REALIZADO CONCOMITANTEMENTE COM O ENSINO MÉDIO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

- Aduz a impetrante que concluiu o curso de Técnico em Radiologia, obtendo seu diploma em 07/02/2014, que foi validado perante os órgãos competentes. Assim, apresentou pedido de inscrição junto ao Conselho-réu, mas foi informada que não este não seria realizado, porque, no momento da matrícula no curso técnico, ela estava concluindo o ensino médio.

- A autoridade impetrada, por sua vez, informa que a inscrição dos técnicos deve respeitar o que prevê a Lei nº 7.394/85, em seu artigo 4º, § 2º: “(...) § 2º - Em nenhuma hipótese poderá ser matriculado candidato que não comprovar a conclusão de curso em nível de 2º Grau ou equivalente. (...)”.

- Por sua vez, o art. 36-C da lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, prevê que a educação profissional técnica será desenvolvida “concomitante, oferecida a quem ingresse no ensino médio ou já o esteja cursando (...)”.

- Preencheu a impetrante os requisitos previstos na legislação pertinente, razão pela qual possui direito à inscrição junto ao Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região.

- A conduta perpetrada pela autoridade impetrada, consistente na recusa em proceder à inscrição da impetrante em seus quadros, afigura-se desarrazoada e desproporcional, acarretando indevida limitação ao exercício da profissão.

- Remessa oficial improvida.

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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de abril de 2017.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de remessa oficial em face da r. sentença de fls. 93/96, concessiva da segurança, determinando que a autoridade impetrada proceda ao registro da impetrante como Técnica em Radiologia, confirmando a liminar anteriormente concedida.

Parecer do Ministério Público Federal pelo regular prosseguimento do feito (fls. 106/107).

Os autos subiram por força do reexame necessário a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Cinge-se a controvérsia em declarar o direito da impetrante ao registro como Técnica em Radiologia, junto ao Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região.

Pois bem.

Aduz a impetrante que concluiu o curso de Técnico em Radiologia, obtendo seu diploma em 07/02/2014, que foi validado perante os órgãos competentes.

Assim, apresentou pedido de inscrição junto ao Conselho-réu, mas foi informada que esta não seria realizada, porque, no momento da matrícula no curso técnico, ela estava concluindo o ensino médio.

A autoridade impetrada, por sua vez, informa que a inscrição dos técnicos deve respeitar o que prevê a Lei nº 7.394/85, em seu artigo 4º, § 2º:

Art. 4º - As Escolas Técnicas de Radiologia só poderão ser reconhecidas se apresentarem condições de instalação satisfatórias e corpo docente de reconhecida idoneidade profissional, sob a orientação de Físico Tecnólogo, Médico Especialista e Técnico em Radiologia.

§ 1º - Os programas serão elaborados pela autoridade federal competente e válidos para todo o Território Nacional, sendo sua adoção indispensável ao reconhecimento de tais cursos.

§ 2º - *Em nenhuma hipótese poderá ser matriculado candidato que não comprovar a conclusão de curso em nível de 2º Grau ou equivalente.*

§ 3º - O ensino das disciplinas será ministrado em aulas teóricas, práticas e estágios a serem cumpridos, no último ano do currículo escolar, de acordo com a especialidade escolhida pelo aluno.

Por sua vez, o art. 36-C da lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, prevê:

Art. 36-C. A educação profissional técnica de nível médio articulada, prevista no inciso I do caput do art. 36-B desta Lei, será desenvolvida de forma: (Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008)

I - integrada, oferecida somente a quem já tenha concluído o ensino fundamental, sendo o curso planejado de modo a conduzir o aluno à habilitação profissional técnica de nível médio, na mesma instituição de ensino, efetuando-se matrícula única para cada aluno; (Incluí-

do pela Lei nº 11.741, de 2008)

II - concomitante, oferecida a quem ingresse no ensino médio ou já o esteja cursando, efetuando-se matrículas distintas para cada curso, e podendo ocorrer: (Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008)

- a) na mesma instituição de ensino, aproveitando-se as oportunidades educacionais disponíveis; (Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008)
- b) em instituições de ensino distintas, aproveitando-se as oportunidades educacionais disponíveis; (Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008)
- c) em instituições de ensino distintas, mediante convênios de intercomplementaridade, visando ao planejamento e ao desenvolvimento de projeto pedagógico unificado. (Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008)

Destarte, preencheu a impetrante os requisitos previstos na legislação pertinente, razão pela qual possui direito à inscrição junto ao Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO DE TÉCNICO EM RADIOLOGIA REALIZADO CONCOMITANTE MENTE COM O ENSINO MÉDIO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A Lei 7.394/85 estabelece no seu artigo 2º que uma das condições para o exercício da profissão de Técnico em Radiologia é ser portador de certificado de conclusão de ensino médio, não fazendo nenhuma restrição acerca de eventual realização simultânea do ensino médio com o ensino profissional. Além disso, a Lei de Diretrizes e Base da educação (Lei nº 9.394/96, com a nova redação dada pela Lei 11.741/2008), deixou claro em seu artigo 36-C, inc. II, que a educação profissional técnica será desenvolvida “concomitante, oferecida a quem ingresse no ensino médio ou já o esteja cursando (...)”.

2. A formação do impetrante atende as formalidades legais, não podendo ser indeferida sua inscrição, atento ao princípio da razoabilidade e da norma expressa.

3. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, improvidas.

(TRF 3ª Região, AMS 347157, PROC: 00117967920124036100, Rel. Des. Federal MARCELO SARAIVA, QUARTA TURMA TURMA, Julg.: 03/12/2015, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/12/2015 .FONTE_REPUBLICACAO)

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA. CURSO TÉCNICO E ENSINO MÉDIO. CONCLUSÃO CONCOMITANTE. INSCRIÇÃO NO CONSELHO. POSSIBILIDADE.

1. As condições para o exercício da profissão de Técnico em Radiologia são a apresentação de certificado de conclusão do ensino médio e diploma de habilitação profissional obtido em Escola Técnica de Radiologia, com o mínimo de 3 (três) anos de duração, devidamente registrado em órgão federal. Art. 2º da Lei nº 7.394/85.

2. A documentação juntada demonstrou que a apelada concluiu o curso técnico concomitante ao ensino médio, porquanto ambos os históricos escolares atestam a conclusão no ano de 2006.

3. O Conselho Regional de Técnicos em Radiologia exorbitou a matéria estabelecida pela Lei 7.394/85, regulamentadora da profissão, tendo em vista, não haver qualquer exigência de início do curso técnico somente após a conclusão do ensino médio. 4. Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF 3ª Região, AMS 312326, PROC: 00020867420084036100, Rel. Des. Federal CONSUELO YOSHIDA, SEXTA TURMA, Julg.: 24/04/2014, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/05/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:)

Igualmente, a jurisprudência do C. STJ já firmou entendimento no sentido de que a realização concomitante do ensino médio e do curso técnico em radiologia não constitui óbice para a inscrição do profissional habilitado junto ao Conselho Regional de Técnicos em Radiologia:

ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. CURSO TÉCNICO REALIZADO CONCOMITANTE MENTE COM O ENSINO MÉDIO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE.

1. O Decreto nº 5.154/04, regulamentando os dispositivos referentes à educação profissional previstos na Lei nº 9.394/96, determinou que a atividade técnica será desenvolvida de forma articulada com o ensino médio, articulação esta que se dará de forma integrada, concomitante ou subsequente.
2. O art. 2º da Lei 7.394/1985 impõe o porte do certificado de conclusão do ensino médio para o exercício da profissão de Técnico em Radiologia, de modo que nenhuma restrição traz quanto à realização concomitante do ensino médio e do ensino profissionalizante.
3. A propósito, a Lei nº 9.394/96, com a inclusão do seu art. 36-C, inc. II, por meio da Lei nº 11.741, de 16 de julho de 2008, a fim de solapar qualquer dúvida a respeito da questão, passou a prever expressamente que a educação profissional técnica de nível médio poderá ser oferecida a quem ingresse no ensino médio ou já o esteja cursando.
4. Não seria demais consignar que não parece razoável exigir que o recorrido realize novamente o Curso Técnico para obter a inscrição junto ao Conselho Profissional em tela, tendo em vista a própria escola técnica ter aceito a matrícula daquele, que já concluiu ambos os cursos e, portanto, satisfaz os requisitos exigidos à obtenção do registro. Até porque, as circunstâncias presentes na hipótese geram a presunção de que o recorrido está tecnicamente habilitado a exercer regularmente a profissão.
5. Precedente: REsp 1244114/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 05/05/2011.
6. Recurso especial não provido.
(REsp 1402731/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 15/10/2013)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CURSO DE TÉCNICO EM RADIOLOGIA REALIZADO CONCOMITANTE MENTE COM O ENSINO MÉDIO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE.

1. É possível a obtenção de registro profissional de Técnico em Radiologia na respectiva entidade de classe, não obstante tenha cursado concomitante mente o ensino médio e o profissionalizante. Precedentes: REsp 1.244.114/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 5/5/2011; REsp 1.402.731/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15/10/2013.
2. Aplicabilidade da Súmula 83 do STJ, segundo a qual “não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.
3. Recurso especial a que se nega provimento.
(REsp 1215486/DF, Rel. Min. OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe 02/05/2014)

A conduta perpetrada pela autoridade impetrada, consistente na recusa em proceder à inscrição da impetrante em seus quadros, afigura-se desarrazoada e desproporcional, acarretando indevida limitação ao exercício da profissão.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial, nos termos da fundamentação supra.
É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

Direito Ambiental



APELAÇÃO CÍVEL
0002508-37.2013.4.03.6112
(2013.61.12.002508-1)

Apelantes: OSMAR JOSÉ FORNACIARI E OUTROS
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AC 2113262
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2017

EMENTA

APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. INTERVENÇÃO EM APP NA APA DAS ILHAS E VÁRZEAS DO RIO PARANÁ. MATÉRIA PRELIMINAR AFASTADA. PRECLUSÃO. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. RANCHO DE PESCA DERIVADO DE LOTEAMENTO CLANDESTINO. INSERÇÃO EM ÁREA URBANA CONSOLIDADA NÃO COMPROVADA. NECESSIDADE DE DEMOLIÇÃO DAS EDIFICAÇÕES PARA REGENERAÇÃO DA VEGETAÇÃO NATURAL, COMPROVADAMENTE RECUPERÁVEL. INDENIZAÇÃO AFASTADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Apelação interposta pelos réus, ocupantes do lote 43A da Estrada do Pontalzinho, no bairro Entre Rios, em Rosana/SP, conhecido como Rancho dos Tucanos, contra sentença de procedência em ação civil pública objetivando a reparação de dano ambiental, por intervenção desautorizada em Área de Preservação Permanente (APP) na Área de Preservação Ambiental (APA) das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná.

2. O pedido de denunciação da lide aos antigos possuidores do Rancho dos Tucanos e ao Município de Rosana/SP já foi refutado em primeiro grau de jurisdição, constituindo matéria preclusa, vez que a defesa não se insurgiu contra a decisão. Ademais, os deveres associados à APP têm natureza *propter rem*, aderindo ao título de domínio ou posse (STJ - REsp 1622512/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 11/10/2016; REsp 1307026/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 17/11/2015; AgRg no REsp 1367968/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 12/03/2014); e o poder público não pode ser considerado o responsável direto pela degradação ambiental objeto desses autos, lembrando que as edificações foram realizadas à revelia das autoridades locais, sem qualquer licença ou aprovação.

3. A preliminar de cerceamento de defesa por ausência de perícia técnica também configura matéria preclusa. A defesa não se insurgiu contra a decisão que dispensou a realização de prova pericial, a qual sequer havia apresentado quesitos ou indicado assistente técnico, embora tenha sido devidamente intimada para tanto.

4. Constatado que o Rancho dos Tucanos, com de 1.810,60 metros quadrados, deriva de loteamento clandestino, é utilizado para lazer (rancho de pesca), está parcialmente recoberto de gramínea e exemplares arbóreos exóticos, contem edificações, rampa de acesso ao Rio Paraná e um poço de água comum.

5. Inexiste no processo qualquer documentação certificadora de que o bairro Entre Rios em Rosana/SP constitui área urbana consolidada passível de regularização fundiária, nos termos dos artigos 64 e 65 da Lei nº 12.651/2012.

6. O Rancho dos Tucanos, na verdade, está totalmente inserido na APP do Rio Paraná, que segundo o artigo 4º, I, e, da Lei nº 12.651/2012 é de 500 metros, em local periodicamente inundado - o que caracteriza área de risco, de modo que as intervenções antrópicas obviamente provocam dano ambiental, especialmente no que diz respeito à regeneração da Mata Atlântica, que é o bioma natural das APA das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná, e à manutenção do ecossistema equilibrado.

7. Mantida a condenação dos réus, dentre outras obrigações, à demolição das edificações existentes no Rancho dos Tucanos na faixa marginal de 500 metros do Rio Paraná, à remoção do entulho e à promoção da recomposição da cobertura florestal. Como exposto no Relatório Técnico de Vistoria realizado pela Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais/Secretaria do Estado do Meio Ambiente, a área onde se encontra Rancho dos Tucanos é propícia à recuperação ambiental, por possuir alto potencial de regeneração natural da vegetação, motivo pela qual devem ser retiradas as construções e intervenções negativas e adotadas técnicas de enriquecimento e/ou adensamento com a inserção de mudas de essências nativas.

8. Por outro lado, sendo o dano ambiental comprovadamente recuperável e as despesas atinentes à execução dessa tarefa - que incluem a desocupação da área, a demolição das edificações, a remoção do entulho, a elaboração, implantação e acompanhamento de projeto técnico de reflorestamento - estão a encargo dos réus, em prazos preestabelecidos, sob a pena de recolhimento em conta judicial do valor necessário apurado em liquidação e de multa diária em caso de descumprimento, fica acolhido o pedido da defesa para afastar o pagamento de indenização. Precedente do STJ (*AgRg no Ag 1365693/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 10/10/2016; AgRg no REsp 1154986/MG, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 12/02/2016; AgRg no AREsp 628.911/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe 01/07/2015; REsp 1382999/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 18/09/2014*), e também desse TRF3 (*AC 0007272-67.2011.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal CARLOS MUTA, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 26/08/2016; AC 0001849-96.2011.4.03.6112, Rel. Juiz Convocado MIGUEL DI PIERRO, Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 04/12/2015; AC 0010148-85.2008.4.03.6106, Rel. Desembargador Federal MAIRAN MAIA, Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 04/09/2015*).

9. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, dar parcial provimento à APELAÇÃO para afastar a indenização pelos danos ambientais causados*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de março de 2017.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de APELAÇÃO interposta por OSMAR JOSÉ FORNACIARI, ODÉCIO ANTÔNIO FORNACIARI, DIVALDO MIGUEL PIVARO, MILTON MARTINS, MÁRCIO LEITE DE MORAES e EDUARDO HENRIQUE SANTOS DE OLIVEIRA contra a *sentença de procedência* da AÇÃO CIVIL PÚBLICA, com pedido liminar, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, objetivando a reparação de dano ambiental.

Consoante a inicial e documentação anexa, os réus ocupam de forma desautorizada o lote 43A da Estrada do Pontalzinho, no bairro Entre Rios, em Rosana/SP, conhecido como Rancho dos Tucanos, com 1.810,60 metros quadrados, totalmente situado em Área de Preservação Permanente (APP) na Área de Preservação Ambiental (APA) das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná. Deu-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (fls. 2/47, 19/anexo).

Em 25/3/2013 o feito foi distribuído a 5ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP (fls. 48).

Em 1/4/2103 foi concedida a tutela antecipada, com cominação de multa diária de R\$ 100,00 em caso de descumprimento (fls. 50/51).

A UNIÃO FEDERAL e o INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE (ICMBIO) foram incluídos no polo ativo, na posição de litisconsortes (fls. 65, 230).

Em 14/7/2015 foi proferida a *sentença de procedência*, nos seguintes termos:

... JULGO PROCEDENTE O PEDIDO vertido na inicial para o fim de condenar os Réus a: a) obrigação de não fazer, consistente em abster-se de utilizar ou explorar as áreas de várzea e preservação permanente do imóvel e/ou inseridas nos limites da APA das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná (500 m), do imóvel denominado “Rancho dos Tucanos”, localizado no bairro Entre Rios, Estrada do Pontalzinho, Município de Rosana, SP, bem como em abster-se de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal do referido imóvel, sem a necessária e indispensável autorização do órgão competente - CBRN, IBAMA ou ICMBio; b) obrigação de fazer consistente em demolir todas as construções existentes nos limites das áreas de várzea, preservação permanente e/ou inseridas nos limites da APA das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná do referido lote (500 metros), e não previamente autorizadas pelos órgãos ambientais, providenciando, ainda, a retirada de todo entulho para local aprovado pelo órgão ambiental, no prazo de 30 (trinta) dias; c) obrigação de fazer consistente em recompor a cobertura florestal nas áreas de várzea e preservação permanente nos limites da APA das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná do referido lote, no prazo de 06 (seis) meses, pelo plantio racional e tecnicamente orientado de espécies nativas e endêmicas da região, com acompanhamento e tratamentos culturais, pelo período mínimo de 03 (três) anos, em conformidade com projeto técnico a ser submetido e aprovado pela CBRN, marcando-se prazo para apresentação de projeto junto àquele órgão não superior a 30 (trinta) dias; d) recolher, em conta judicial, quantia suficiente para a execução das referidas restaurações, a ser apurada em liquidação, caso não o façam nos prazos fixados em sentença; e) pagamento de indenização, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por ano, a contar do ajuizamento da presente demanda, correspondente aos danos ambientais causados, em razão de se ter impedido a regeneração da vegetação no local da edificação, corrigida monetariamente, a ser recolhida ao Fundo Federal de Reparação de Interesses Difusos Lesados; f) pagamento de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), a ser recolhida ao Fundo Federal de Reparação dos Interesses Difusos Lesados, em caráter cominatório, em caso de descumprimento total e parcial de qualquer das obrigações de fazer e não fazer,

acima discriminadas, após o trânsito em julgado da presente sentença.

Incabível a condenação em honorários de sucumbência, consoante pacífica jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça (STJ; AgRg-REsp 1.458.383; Proc. 2014/0135889-0; RJ; Primeira Turma; Rel. Min. Sérgio Kukina; DJE 03/10/2014; STJ; REsp 1.329.607; Proc. 2012/0126334-9; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; DJE 02/09/2014).

Ratifico a liminar deferida.

Oportunamente, providencie a Secretaria a remessa dos autos ao SEDI para reinclusão da União no polo ativo desta ação, na condição de assistente litisconsorcial ...

(239/254)

Nas razões de APELAÇÃO requer-se preliminarmente (1) a denúncia da lide aos antigos proprietários do imóvel, responsáveis pelas edificações existentes, e do Município de Rosana/SP, que nunca se opôs à ocupação do local em questão; (2) a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, especialmente pela não realização de perícia técnica. No mérito, alega-se que (3) a demolição das edificações é desnecessária, pois se cuida de região com ocupação antrópica consolidada; (4) a indenização pelos danos ambientais causados configura *bis in idem*, haja vista a condenação às obrigações de fazer e não fazer também impostas na sentença (fls. 260/277).

Após o recebimento da APELAÇÃO, a Secretaria do Meio Ambiente/ Coordenadoria de Fiscalização Ambiental/ Centro Técnico Regional de Fiscalização V encaminhou a o Relatório Técnico de Vistoria nº 96/2015, realizado no imóvel em 17/8/2015 (fls. 281/287).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e a UNIÃO FEDERAL, nas contrarrazões, pugnam pelo desprovisionamento do recurso (fls. 289/315, 317/321).

Em 12/11/2015 o feito foi distribuído nessa Corte, a minha relatoria.

A PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, no parecer, opinou pelo desprovisionamento da apelação (fls. 326/336).

A legislação processual aplicável à espécie é a encerrada no Código de Processo Civil/1973. É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

I. DA MATÉRIA PRELIMINAR

Da denúncia da lide

O pedido de denúncia da lide aos antigos possuidores do Rancho dos Tucanos e ao Município de Rosana/SP já foi refutado em primeiro grau de jurisdição, constituindo *matéria preclusa*, vez que a defesa não se insurgiu oportunamente contra a decisão disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 22/5/2015 (fls. 230, 231).

Não obstante, anoto que os deveres associados à Área de Preservação Permanente (APP) têm natureza *propter rem*, aderindo ao título de domínio ou posse. Nesse sentido é a jurisprudência consolidada do STJ:

AMBIENTAL. DANO AO MEIO AMBIENTE. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO DANO AMBIENTAL. OBRIGA-

ÇÃO PROPTER REM. SÚMULA 83/STJ. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/SF.

1. A Caixa Econômica Federal sustenta que “as construções questionadas pelo Ministério Público como causadoras de danos ambientais não foram realizadas pela Caixa Econômica Federal, mas sim por terceiros que ocuparam a área muito antes da área ser transformada em uma APA- Área de Proteção Ambiental”. *O STJ possui entendimento pacífico de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação propter rem, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos.* Incidência Súmula 83/STJ.

2. Já quanto à responsabilização do IBAMA/ICM-BIO, a Corte de origem entendeu que “o art. 1º da Lei 11.516/2007, que dispõe sobre a criação do referido Instituto, expressamente prevê sua atribuição no dever de adotar providências no sentido de coibir a prática de danos ambientais, bem como de executar ações de conservação e proteção da área, *in verbis*: (...) Ainda, a Lei 6.938/1981 consagra em seu art. 2º, ser a recuperação das áreas degradadas um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente” (fl. 449, e-STJ).

3. Dessa maneira, como a fundamentação supra é apta, por si só, para manter o decisum combatido e não houve contraposição recursal sobre a aplicação do art. 2º da Lei 6.938/1981, aplica-se na espécie, por analogia, o óbice 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.”

4. Recursos Especiais não conhecidos.

(STJ - REsp 1622512/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 11/10/2016)

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INTERESSE SOCIAL. REFORMA AGRÁRIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEL IMPRODUTIVO. INCIDÊNCIA. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. SÚMULA 102/STJ. IMÓVEL EXPROPRIADO. DIVERGÊNCIA. ÁREA REGISTRADA E ÁREA MEDIDA. RETENÇÃO. DIFERENÇA. PASSIVO AMBIENTAL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. DEDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. CABIMENTO.

...

6. *A jurisprudência do STJ está firmada, pelo menos desde 2002, no sentido de que a recuperação da Área de Preservação Permanente e da Reserva Legal, assim como outras incumbências incidentes sobre o imóvel e decorrentes da função ecológica da propriedade, constitui obrigação propter rem; portanto, parte inseparável do título imobiliário, inexistindo, no ordenamento jurídico brasileiro, direito adquirido a degradar ou poluir, ou a desmatamento realizado.* Precedentes: REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2012; EDcl nos EDcl no Ag 1.323.337/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1º.12.2011; EDcl no Ag 1.224.056/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.8.2010; REsp 1.247.140/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1º.12.2011; EREsp 218.781/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 23.2.2012; AgRg no REsp 1.367.968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12.3.2014; AgRg no AREsp 327.687/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26.8.2013; AgRg no REsp 1.137.478/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 21.10.2011; REsp 1.240.122/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11.9.2012; REsp 343.741/PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 7.10.2002; REsp 843.036/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 9.11.2006; REsp 926.750/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 4.10.2007; REsp 1.179.316/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 29.6.2010; AgRg nos EDcl no REsp 1.203.101/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 18.2.2011; AgRg no REsp 1.206.484/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.3.2011. Sendo assim, nada mais justo do que realizar o desconto decorrente de passivos ambientais do valor da indenização.

7. Recurso Especial parcialmente provido.

(STJ - REsp 1307026/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 17/11/2015).

AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO INEXISTENTE. INSTITUIÇÃO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* E *EX LEGE*. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO DO ART. 68 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL. IMPOSSIBILIDADE. DESRESPEITO AOS PERCENTUAIS EXIGIDOS PARA A ÁREA DE RESERVA LEGAL. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DEVER DE AVERBAÇÃO DA RESERVA LEGAL. IMPOSIÇÃO. PROVAS SUFICIENTES. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PREJUDICADA A ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. *A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação propter rem, isto é, aderem ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não o proprietário o autor da degradação ambiental. Casos em que não há falar em culpa ou nexô causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente.*

3. Este Tribunal tem entendido que a obrigação de demarcar, averbar e restaurar a área de reserva legal nas propriedades rurais configura dever jurídico (obrigação *ex lege*) que se transfere automaticamente com a mudança do domínio, podendo, em consequência, ser imediatamente exigível do proprietário atual.

...

Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp 1367968/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 12/03/2014)

Em relação à ausência de fiscalização por parte municipalidade, como bem observado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL nas contrarrazões, embora o poder público seja bastante omissor nesse ponto, não pode ser considerado o responsável direto pela degradação ambiental objeto desses autos, lembrando que as edificações foram realizadas à revelia das autoridades locais, sem qualquer licença ou aprovação (fls. 289/315).

Do cerceamento de defesa

A preliminar de cerceamento de defesa por ausência de perícia técnica também configura *matéria preclusa* e deve ser afastada.

No decorrer da instrução processual o julgamento foi convertido em diligência para a realização da perícia, determinando-se a intimação das partes para indicação de assistente técnico e apresentação de quesitos no prazo de 5 dias, com fulcro no artigo 421, §1º, do Código de Processo Civil/1973. Essa decisão foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 13/3/2014 (fls. 166/167, 167/v).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL informou que não apresentaria quesitos e nem indicaria assistente técnico; a UNIÃO FEDERAL apresentou quesitos; a defesa dos réus não se manifestou a respeito (fls. 168, 170/171).

A Secretaria do Meio Ambiente/Coordenadoria de Fiscalização Ambiental/Centro Técnico Regional de Fiscalização V, devidamente intimada em 15/9/2014 para a realização da perícia técnica, em petição protocolizada em 13/1/2015 requereu prazo suplementar de 120 (fls. 174/175, 213).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL manifestou-se pela não prorrogação do prazo e pelo prosseguimento do feito (fls. 215/216).

O Juízo *a quo* reconsiderou a conversão do julgamento em diligência para a realização da perícia, conforme decisão disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 22/5/2015, e a parte ré deixou de se manifestar a respeito mais uma vez (fls. 230, 231).

Assim, constitui matéria preclusa a preliminar de cerceamento de defesa por ausência de perícia técnica, na medida em que a defesa dos réus não se insurgiu contra a decisão que dispensou a realização de prova pericial, a qual sequer havia apresentado quesitos ou indicado assistente técnico, embora tenha sido devidamente intimada para tanto.

Acrescente-se que a presente ação civil pública está fartamente instruída pelo inquérito civil público instaurado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, que reúne o Inquérito Policial lavrado pela Delegacia de Polícia Federal em Presidente Prudente/SP, onde foram tomadas as declarações dos atuais ocupantes do imóvel, ora réus; o Boletim de Ocorrência Ambiental/ Termo Circunstanciado lavrado pela Polícia Militar do Estado de São Paulo; o Auto de Infração Ambiental/ Termo de Advertência lavrado pela Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais/ Polícia Ambiental do Estado de São Paulo; o Laudo de Perícia Criminal Federal (Meio Ambiente) realizado pelo Núcleo de Criminalística da Polícia Federal; o Relatório Técnico de Vistoria realizado pela Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais/ Secretaria do Estado do Meio Ambiente (fls. 75/91, 94/95, 96/98, 100/115, 130/161, 162/179/anexo).

Ademais, após a prolação da sentença, a Secretaria do Meio Ambiente/ Coordenadoria de Fiscalização Ambiental/Centro Técnico Regional de Fiscalização V apresentou o Relatório Técnico de Vistoria nº 96/2015, realizada em 17/8/2015, respondendo os quesitos outrora postos pelo Juízo de primeiro grau e pela UNIÃO FEDERAL (fls. 281/287).

Embora esse documento seja absolutamente extemporâneo, interessante notar que as suas conclusões não diferem das contidas nos documentos reunidos no inquérito civil público, reforçando a assertiva do Juízo *a quo* de que prova pericial é dispensável na espécie.

II. DO MÉRITO

Cuida-se de ação civil pública objetivando a reparação de dano ambiental em APP, definida no artigo 3º, II, da Lei nº 12.651/2012, que compila o novo Código Florestal, como a área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Ainda conforme a Lei nº 12.651/2012, no seu artigo 4º, considera-se APP, em zonas rurais ou urbanas, as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente; o entorno dos lagos, lagoas, reservatórios d'água artificiais, nascentes e olhos d'água; as encostas; as restingas; os manguezais; as bordas dos tabuleiros ou chapadas; o topo de morros, montes, montanhas e serras; as veredas.

O caso dos autos diz respeito à APP na faixa marginal esquerda do Rio Paraná, em Rosana/SP, inserida na Área de Preservação Ambiental (APA) das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná, especificamente no bairro Entre Rios, no município de Rosana/SP, onde OSMAR JOSÉ FORNACIARI, ODÉCIO ANTÔNIO FORNACIARI, DIVALDO MIGUEL PIVARO, MILTON MARTINS, MÁRCIO LEITE DE MORAES e EDUARDO HENRIQUE SANTOS DE OLIVEIRA, desde 11/7/2008 detém a posse do imóvel denominado Rancho dos Tucanos, com 1.810,60 metros quadrados, sendo 365,03 metros quadrados de área construída, consoante a medição realizada pela prefeitura local (fls. 19, 86/87/anexo).

De acordo com a documentação anexada aos autos, trata-se de imóvel que deriva de *loteamento clandestino*, utilizado para lazer (rancho de pesca), parcialmente recoberto de graminha e exemplares arbóreos exóticos, contendo edificações, rampa de acesso ao Rio Paraná e um poço de água comum. Como o bairro Entre Rios não possui rede de água e esgoto, a maioria das ocupações ali existentes descarta os efluentes domésticos diretamente no rio ou faz uso de fossa negra, o que aparenta ser o caso do Rancho dos Tucanos. Em relação ao lixo doméstico, os autos não informam a existência de coleta. Sabe-se apenas que o bairro Entre Rios possui uma única via não pavimentada, a Estrada do Pontalzinho, e rede de energia elétrica (fls. 15/19, 130/179/anexo).

Nesse ponto deve-se esclarecer que inexistente no processo qualquer documentação certificadora de que o bairro Entre Rios em Rosana/SP constitui área urbana consolidada passível de regularização fundiária, nos termos dos artigos 64 e 65 da Lei nº 12.651/2012, modificados pela Medida Provisória nº 759/2016 - *verbis*:

Art. 64. Na regularização fundiária de interesse social dos núcleos urbanos informais inseridos em área urbana de ocupação consolidada e que ocupam Áreas de Preservação Permanente, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da Lei específica de Regularização Fundiária Urbana. (Redação dada pela Medida Provisória nº 759, de 2016)

...

Art. 65. Na regularização fundiária de interesse específico dos núcleos urbanos informais inseridos em área urbana consolidada e que ocupem Áreas de Preservação Permanente não identificadas como áreas de risco, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da lei específica de regularização fundiária urbana. (Redação dada pela Medida Provisória nº 759, de 2016)

...

O Rancho dos Tucanos, na verdade, está *totalmente inserido na APP do Rio Paraná*, que segundo o artigo 4º, I, e, da Lei nº 12.651/2012 é de 500 metros, *em local periodicamente inundado - o que caracteriza área de risco*, de modo que as intervenções antrópicas acima descritas obviamente provocam dano ambiental, especialmente no que diz respeito à regeneração da Mata Atlântica, que é o bioma natural das APA das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná, e à manutenção do ecossistema equilibrado. Decerto, a presença humana em APP implica o agravamento do processo erosivo na margem do rio e o seu assoreamento, a alteração das condições climáticas, a diminuição da biodiversidade e a contaminação do solo e da água, inclusive a subterrânea (fls. 130/179/anexo).

Assim, não merece reparo a condenação os réus, dentre outras obrigações, à demolição das edificações existentes no Rancho dos Tucanos na faixa marginal de 500 metros do Rio Paraná, à remoção do entulho e à promoção da recomposição da cobertura florestal (239/254).

Como exposto no Relatório Técnico de Vistoria realizado pela Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais/Secretaria do Estado do Meio Ambiente, *a área onde se encontra Rancho dos Tucanos é propícia à recuperação ambiental, por possuir alto potencial de regeneração natural da vegetação*, motivo pela qual devem ser retiradas as construções e intervenções negativas e adotadas técnicas de enriquecimento e/ou adensamento com a inserção de mudas de essências nativas (fls. 162/179/anexo).

Por outro lado, *sendo o dano ambiental comprovadamente recuperável* e as despesas atinentes à execução dessa tarefa - que incluem a desocupação da área, a demolição das edifi-

cações, a remoção do entulho, a elaboração, implantação e acompanhamento de projeto técnico de reflorestamento - estão a encargo dos réus, em prazos preestabelecidos, sob pena de recolhimento em conta judicial do valor necessário apurado em liquidação e de multa diária de R\$ 500,00 em caso de descumprimento; *acolho o pedido da defesa para afastar o pagamento de indenização*, no valor de R\$ 5.000,00 por ano, a contar do ajuizamento da presente ação civil pública, corrigida monetariamente e recolhida ao Fundo Federal de Reparação de Interesses Difusos Lesados, com base no entendimento jurisprudencial firmado pelo STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. *A jurisprudência desta Corte entende que, em se tratando de dano ambiental, é possível a cumulação da indenização com obrigação de fazer, sendo que tal cumulação não é obrigatória, e relaciona-se com a impossibilidade de recuperação total da área degradada.*

2. Na espécie, o acórdão recorrido consignou que seria possível a recuperação do ecossistema agredido, pelo que inaplicável a indenização pleiteada. Assim, para rever tal conclusão, necessário o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental do Ministério Público Federal desprovido.

(STJ - AgRg no Ag 1365693/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 10/10/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO TOTAL DA ÁREA DEGRADADA. PEDIDO INDENIZATÓRIO INDEFERIDO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

...

2. *Este STJ entende que, em casos de danos ambientais, é perfeitamente possível a cumulação de indenização com obrigação de fazer. Tal cumulação não é obrigatória, e relaciona-se com a impossibilidade de recuperação total da área degradada.*

3. Uma vez entendido pelo Tribunal de origem que o referido dano pode ser integralmente reparado, a revisão dessas premissas fáticas de julgamento esbarra no óbice disposto na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no REsp 1154986/MG, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 12/02/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTO GENÉRICO. SÚMULA 284/STF. CUMULAÇÃO DE AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO TOTAL DA ÁREA DEGRADADA. PEDIDO INDENIZATÓRIO INDEFERIDO. REVER POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL A QUO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

...

2. *Este STJ entende que, em casos de danos ambientais, é perfeitamente possível a cumulação de indenização em conjunto com obrigação de fazer, entretanto isso não seria obrigatório, e estaria adstrito à possibilidade ou não de recuperação total da área degradada.*

3. Uma vez entendido pelo Tribunal de origem que o referido dano pode ser integralmente reparado, a revisão dessas premissas fáticas de julgamento esbarra no óbice disposto na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no AREsp 628.911/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 01/07/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO INTEGRAL DO PRAD. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. HIPÓTESE EM QUE HOVE A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO SEM PREJUÍZOS REMANESCENTES. CUMULAÇÃO DE AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM AÇÃO INDENIZATÓRIA. INOCORRÊNCIA DE DANO REMANESCENTE OU REFLEXO. REPARAÇÃO TOTAL DA ÁREA DEGRADADA. PEDIDO INDENIZATÓRIO INDEFERIDO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL DO IBAMA IMPROVIDO.

1. Recursos especiais nos quais se discute se o saneamento total do dano, bem como o cumprimento integral do Plano de Recuperação da Área Degradada - PRAD, ilidem a necessidade de indenização.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem indeferiu o pedido de indenização, por entender que a área em questão já havia sido completamente restaurada, nos termos do PRAD, não havendo existência de outros prejuízos.

3. *O Superior Tribunal de Justiça tem externado o entendimento de que as ações de obrigação de fazer podem ser cumuladas com as indenizatórias; e que nem sempre a recomposição da área degradada ou o saneamento do dano provocado ilide a necessidade de indenização. Todavia, esse entendimento não implica a conclusão de que, sempre, será devida a indenização, pois, quando é possível a completa restauração, sem que se verifique ter havido dano remanescente ou reflexo, não há falar em indenização.* (REsp 1198727/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 09/05/2013).

4. Além do mais, concluir de forma diferente do que foi decidido pelo Tribunal de origem, com relação à indenização, demandaria a incursão em matéria fático-probatória, o que não é permitido, por óbice da Súmula 7 do STJ.

5. Por fim, no que tange à alegação de dissídio jurisprudencial, cabe à parte que a alega a comprovação da similitude fático-jurídica, bem como o cotejo analítico entre os acórdãos confrontados. No caso, o recorrente além de limitar-se à transcrição das ementas, não demonstrou as circunstâncias que identificam ou assemelham os julgados divergentes.

Recurso especial do Ministério Público não conhecido e recurso especial do IBAMA improvido. (STJ - REsp 1382999/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 18/09/2014)

No mesmo são os seguintes julgados desse TRF:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CÓDIGO FLORESTAL VIGENTE À ÉPOCA DA DEGRADAÇÃO. LEI 4.771/1965. RECUPERAÇÃO INTEGRAL. DANO MORAL COLETIVO. INEXISTENTE.

...

4. *No tocante aos embargos de declaração do IBAMA, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a cumulação de indenização com obrigação de fazer não é obrigatória, e relaciona-se com a impossibilidade de recuperação total da área degradada.* No caso, a perícia técnica concluiu pela possibilidade da recuperação ambiental, tendo sido o réu condenado na imposição de obrigação de fazer, cujas despesas correrão sob sua responsabilidade (demolição, retirada do entulho, elaboração e execução de projeto de recuperação ambiental), privilegiando-se o cunho reparatório da sanção aplicada pela degradação ambiental, não restando, assim, espaço para a fixação de indenização, mesmo, porque, ausente comprovação do suposto dano moral coletivo, não se cogitando, assim, da violação aos artigos

225 da CF, e 3º, *caput*, da Lei 7.347/1985.

5. Aclaratórios acolhidos, sem efeitos infringentes, exclusivamente para acréscimo de fundamentação, mantido o julgamento anterior.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2133746 - 0007272-67.2011.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 18/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2016)

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AMBIENTAL. REMESSA OFICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. VÁRZEA. DANO AMBIENTAL. EDIFICAÇÃO. DEMOLIÇÃO. REMOÇÃO DE ENTULHOS. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. RECOMPOSIÇÃO DA COBERTURA VEGETAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

...

7. A possibilidade de cumulação da indenização pecuniária com a reparação do dano por meio de obrigação de fazer só se justifica quando inexistir possibilidade de integral reabilitação do meio ambiente.

8. No caso concreto, o dano ambiental foi quantificado pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente em R\$ 156,47, dada a pequena área do lote, correspondente a 0,0432 hectares, havendo plena possibilidade de recuperação da área por meio do plantio de mudas nativas da região.

9. Inaplicável o disposto no art. 1.219, do Código Civil, que prevê ao possuidor de boa-fé a justa indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis, uma vez que as próprias edificações e benfeitorias são objeto do ilícito, cujo entulho deverá ser encaminhado a local previamente aprovado pelo órgão ambiental, não fazendo sentido falar-se, destarte, em indenização em tais casos.

10. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista o que dispõe o art. 18, da Lei nº 7.347/93 e conforme precedentes do E. STJ e desta C. Corte.

11. Apelações e remessa oficial, tida por interposta, improvidas.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1732245 - 0001849-96.2011.4.03.6112, Rel. JUIZ CONVOCADO MIGUEL DI PIERRO, julgado em 26/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2015)

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - MATA CILIAR - CONSTRUÇÕES - FAIXA MARGINAL LIMÍTROFE - 200 METROS - DANO AMBIENTAL - CONFIGURAÇÃO - ART. 2º, "A", 4, LEI 4.771/65 - INCIDÊNCIA - OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INDENIZAÇÃO - NÃO CABIMENTO.

...

7. O dever de preservação constitui obrigação *propter rem*. O réu não pode eximir-se de responsabilidade (que, *in casu*, é objetiva) pela recuperação ambiental ao fundamento de já ter encontrado a área degradada. Precedentes do STJ: RESP 948.921/SP; RESP 1107219/SP; RESP 1264250/MG.

8. Incabível a indenização se possível a reparação integral dos prejuízos ambientais verificados.

9. Rejeição da alegação de perda superveniente de interesse processual, formulada em petição protocolada após a inclusão do feito em pauta, pois: "... como deixa claro o novo Código Florestal (ar. 59), o legislador não anistiou geral e irrestritamente as infrações ou extinguiu a ilicitude de condutas anteriores a 22 de julho de 2008, de modo a implicar perda superveniente de interesse de agir. Ao contrário, a recuperação do meio ambiente degradado nas chamadas áreas rurais consolidadas continua de rigor, agora por meio de procedimento administrativo, no âmbito de Programa de Regularização Ambiental - PRA, após a inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR (§ 2º) e a assinatura de Termo de Compromisso (TC), valendo este como título extrajudicial (§ 3º). Apenas a partir daí 'serão suspensas' as sanções aplicadas ou aplicáveis (§ 5º, grifo acrescentado). Com o cumprimento das obrigações previstas no PRA

ou no TC, ‘as multas (e só elas)’ ‘serão consideradas convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente’.” (REsp 1240122, Rel Min. HERMAN BENJAMIN, DJ 19/12/2012).

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1742082 - 0010148-85.2008.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 27/08/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/09/2015)

Por todo o exposto, *voto para rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, dar parcial provimento à APELAÇÃO para afastar a indenização pelos danos ambientais causados.*

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0010267-98.2007.4.03.6100
(2007.61.00.010267-9)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: NOVA PLASTIC SÃO PAULO EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA. E
NEWTON MARTINS DINIZ
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Classe do Processo: AC 1570739
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/04/2017

EMENTA

DIREITO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO GERAL DO CONTRATO. FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO AVALISTA APÓS SUA SAÍDA DA SOCIEDADE. MAJORAÇÃO DAS VERBAS SUCUMBENCIAIS.

1. Relativamente aos contratos, uma vez convencionados os direitos e obrigações, ficam as partes ligadas pelo vínculo da vontade que as uniu. Este é o princípio da Força Obrigatória dos Contratos. Portanto, inexistindo nulidades, ilegalidades ou vício de vontade, as cláusulas impugnadas remanesçam válidas.
2. É bem verdade que, tendo o sócio da empresa devedora assinado o contrato de abertura de crédito na condição de avalista da pessoa jurídica da qual era sócio, obriga-se ao pagamento da dívida solidariamente com os demais devedores. Assim ocorre mesmo quando o sócio avalista se retira formalmente da empresa, sendo irrelevante para a validade de tal contrato perquirir se o avalista/fiador mantém vinculação com o devedor principal, pois a obrigação se estabelece entre o garantidor e a instituição financeira, não sendo oponível a esse negócio jurídico uma alteração em contrato social na qual os novos sócios eximem os retirantes de qualquer responsabilidade por obrigações da empresa. Em casos assim, caberia ao sócio proceder à notificação do banco credor para eximir-se da obrigação assumida validamente.
3. Mas não é o caso dos autos, posto que, do exame detido do contrato juntado, constata-se que o réu participou do contrato apenas na condição de representante da empresa contratante, não havendo qualquer indicação que tenha assumido o encargo de avalista do negócio celebrado, ao contrário do que pretende fazer crer a CEF.
4. De outra parte, verifica-se que o contrato bancário tinha validade de 12 meses, devendo ser renovado mediante assinatura de termo aditivo (cláusula vigésima - fl. 14), o que, ao que consta, não existiu.
5. Quanto aos honorários advocatícios, considerando que a sentença foi proferida ainda sob a égide do CPC de 1973, entendo que a condenação deve observar o princípio da razoabilidade, bem como os contornos fáticos da demanda, não estando o magistrado adstrito aos percentuais apontados no *caput* do artigo 20 do CPC/73, podendo optar pela apreciação equitativa.
6. As verbas sucumbenciais foram moderadamente arbitradas, mostrando-se adequado o montante fixado, considerando-se, sobretudo, a baixa complexidade da matéria discutida.

7. Apelação e recurso adesivo improvidos.

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 e ao recurso adesivo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de abril de 2017.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela *Caixa Econômica Federal* e Recurso Adesivo interposto pela parte ré contra a sentença que, nos autos da ação monitória que tem por objeto a cobrança de créditos oriundos do inadimplemento de contrato de crédito bancário denominado - OPERAÇÕES DE DESCONTO, julgou extinto o feito, sem julgamento do mérito, com relação ao réu Newton Martins Dinis, por sua ilegitimidade passiva, fixando em 5% os honorários sucumbenciais.

Diante da inércia da empresa ré, julgou totalmente procedente a ação monitória.

Irresignada, a CEF apela defendendo legitimidade do réu Newton Martins Dinis em razão de sua condição de avalista dos contratos.

Por sua vez, o réu Newton Martins Dinis apela adesivamente, pugnando pela majoração das verbas sucumbenciais para 10% do valor da dívida.

Com contrarrazões, subiram os autos para o exame do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Força Obrigatória dos Contratos.

De qualquer forma, relativamente aos contratos, uma vez convencionados os direitos e obrigações, ficam as partes ligadas pelo vínculo da vontade que as uniu. Este é o princípio da Força Obrigatória dos Contratos - também denominado *Pacta Sunt Servanda* - segundo o qual, estipulado validamente seu conteúdo e definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm força obrigatória para os contratantes.

Uma das mais importantes consequências deste princípio é a imutabilidade ou intangibilidade das cláusulas contratuais que somente seriam passíveis de revisão no caso de estarem eivadas de nulidade ou vício de vontade.

O fato é que a parte ré, no pleno gozo de sua capacidade civil, firmou contrato de crédito

em indubitável manifestação de livre consentimento e concordância com todas as condições constantes em tal instrumento.

Portanto, inexistindo nulidades, ilegalidades ou vício de vontade, as cláusulas impugnadas remanesçam válidas.

Responsabilidade do sócio avalista.

É bem verdade que, tendo o sócio da empresa devedora assinado o contrato de abertura de crédito na condição de avalista da pessoa jurídica da qual era sócio, obriga-se ao pagamento da dívida solidariamente com os demais devedores, aplicável o enunciado da Súmula 26 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: “O avalista do título de crédito vinculado ao contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário”.

Portanto, quando o título executado apresenta o sócio na condição de avalista da empresa, temos que a execução é contra os avalistas que assumiram responsabilidade solidária pela dívida, independente de não estar mais na empresa como sócio.

Assim ocorre mesmo quando o sócio avalista se retira formalmente da empresa, sendo irrelevante para a validade de tal contrato perquirir se o avalista/fiador mantém vinculação com o devedor principal, pois a obrigação se estabelece entre o garantidor e a instituição financeira, não sendo oponível a esse negócio jurídico uma alteração em contrato social na qual os novos sócios eximem os retirantes de qualquer responsabilidade por obrigações da empresa. Em casos assim, caberia ao sócio proceder à notificação do banco credor para eximir-se da obrigação assumida validamente.

Mas não é o caso dos autos, posto que, do exame detido do contrato juntado nas fls. 10/15, constata-se que o réu Newton Martins Dinis participou do contrato apenas na condição de representante da empresa contratante, não havendo qualquer indicação que tenha assumido o encargo de avalista do negócio celebrado, ao contrário do que pretende fazer crer a CEF.

De outra parte, verifica-se que o contrato bancário tinha validade de 12 meses, devendo ser renovado mediante assinatura de termo aditivo (cláusula vigésima - fl. 14), o que, ao que consta, também não existiu.

Portanto, considerando que o réu Newton Martins Dinis logrou êxito em comprovar que, quando da emissão das duplicatas (em 06/01/2006 - fls. 16/35), já havia formalizado sua saída da empresa (em 05/09/2005 - fls. 193/205), ratifico sua ilegitimidade passiva.

Recurso adesivo - majoração dos honorários sucumbenciais.

Quanto aos honorários advocatícios, considerando que a sentença foi proferida ainda sob a égide do CPC de 1973, entendo que a condenação deve observar o princípio da razoabilidade, bem como os contornos fáticos da demanda, não estando o magistrado adstrito aos percentuais apontados no *caput* do artigo 20 do CPC/73, podendo optar pela apreciação equitativa.

Assim, verifico que as verbas sucumbenciais foram moderadamente arbitradas, mostrando-se adequado o montante fixado, considerando-se, sobretudo, a baixa complexidade da matéria discutida.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação e ao recurso adesivo.*

É o voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0020728-61.2009.4.03.6100
(2009.61.00.020728-0)

Apelantes: ALTER CYBER MIDIA S/C LTDA E OUTROS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 19ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: AC 1654543
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/05/2017

EMENTA

DIREITO AUTORAL. AGRAVO RETIDO. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA DESNECESSÁRIA E MERAMENTE DE CUNHO PROTELATÓRIO. DESPROVIMENTO. APELAÇÕES CÍVEIS. EXCERTOS DE AUDIOVISUAL PUBLICADOS SEM INDICAÇÃO DE AUTORIA E COM FINS DE PROVEITO ECONÔMICO. DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA SUA FIXAÇÃO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO. APELAÇÃO DA PARTE RÉ DESPROVIDA. RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Com efeito, como bem decidiu e fundamentou o MM. Juízo *a quo*, à época oportuna, a produção da prova requerida pelos réus é desnecessária e de cunho meramente protelatório. Afinal, tendo em vista o farto material documental contido nos autos - no sentido de demonstrar, cabalmente, a autoria da obra violada, por ora já incontroversa, ressalte-se - não há porque deferir a produção da prova então requerida pelos corréus, preclusa. Agravo retido conhecido e desprovido.

2. Quanto à matéria preliminar da apelação dos réus, vislumbra-se a comprovação do reconhecimento, pelos próprios corréus, da prática de “*uso indevido das imagens*” (*sic*) de autoria de Júlio Wainer e Satie Wada de Oliveira, no filme “Paulo Freire Contemporâneo”, de modo que não há como se afastar, *in casu*, a legitimidade *ad causam* passiva dos requeridos.

3. Ainda em preliminar recursal, nos estritos termos dos artigos 11 e 13, ambos da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), considera-se autor aquele que trabalhou intelectualmente para a criação, elaboração e finalização da obra, devendo este ser expressamente apontado em seus créditos. Uma vez que resta plenamente comprovada a autoria da obra violada - e tal fato é pronta e claramente reconhecido pelos próprios corréus, nos estritos termos do e-mail já mencionado, acostado aos autos - cabe a Julio Wainer e Satie Wada de Oliveira a defesa, em juízo, de seus direitos, devendo, pois, estes, permanecerem, como medida de justiça, no pólo ativo do presente feito. Preliminares de apelação afastadas.

4. Quanto ao mérito dos recursos de apelação, o direito autoral é constitucionalmente protegido, a título de cláusula pétrea, por ser direito fundamental, considerado, em nosso sistema jurídico pátrio, direito da personalidade, tutelado nos artigos 11 a 21, do Código Civil brasileiro e na Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais).

5. Não há, portanto, como se afastar que o autor detém os direitos morais e patri-

moniais sobre o que criou, inclusive por previsão legal (art. 22, da Lei de Direitos Autorais), bem como que a utilização por terceiros sem a devida autorização importa - ainda que parcial - em manifesta violação de tais direitos.

6. Ante todo o exposto até aqui, portanto, de se reconhecer a ilicitude do ato dos réus, vez que estes jamais deram o devido crédito aos autores - eis que os requeridos, ademais, declararam perante o MM. Juízo *a quo* que conferiram menção apenas ao Instituto Paulo Freire, sem relacionar os demais autores da obra.

7. Demais disso, os réus participaram de processo licitatório para produção de sua obra, em que reproduziram, sem qualquer autorização, excertos de audiovisual de autoria dos requerentes, com fins de proveito econômico, fato este que, por si mesmo, já afasta a tese de que teriam se valido do permissivo do *creative commons* - que permite, sim, a reprodução de obra alheia, desde que se faça a devida menção dos créditos autorais e com a ressalva de se dar tal ato sem qualquer fim lucrativo. Não foi o caso. Portanto, uma vez reconhecido o ato ilícito, segundo regra basilar do artigo 927, *caput*, do Código Civil.

8. No que tange ao *quantum* indenizatório, a título de danos materiais, em se considerando a extensão do ilícito, a capacidade econômica dos corréus, bem como as consequências de seus atos, e ainda em consideração às regras da razoabilidade e proporcionalidade, mantenho o valor fixado em primeira instância para fins de reparação dos danos materiais (R\$ 13.000,00), devendo, neste tópico, o apelo dos autores ser, pois, improvido.

9. A respeito dos danos morais, o autor da obra possui direitos de natureza moral - conforme já reproduzido do artigo 24 da Lei de Direitos Autorais, sendo estes, aliás, inalienáveis e irrenunciáveis (exatamente por se caracterizarem como espécie de direitos da personalidade), dentre eles o direito de paternidade da obra, garantindo ao autor o direito de ter o seu nome ou pseudônimo indicado, quando da utilização da obra de sua autoria. Precedentes do STJ e desta E. Corte Regional.

10. Assim, portanto, quanto a este tópico, de se dar provimento ao recurso da parte autora, para reformar o r. *decisum a quo*, com o fim de se fixar, em proveito daqueles, indenização a título de danos morais, a ser cumulada com aquela para reparar os danos materiais sofridos. No tocante ao *quantum* indenizatório, devem ser ponderadas as circunstâncias do fato e os prejuízos sofridos pela parte, de modo que o valor arbitrado a título de indenização não seja ínfimo, tampouco exagerado, para que seja aferido um valor razoável. Fixação no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a este título.

11. No tocante à responsabilidade civil da União, entendo que o *decisum a quo* é irreprochável, visto que o ente público apenas organizou o concurso público para a seleção da obra em homenagem ao educador Paulo Freire, não havendo qualquer nexo de causalidade ou conduta potencialmente ilícita do ente federal a ensejar a responsabilidade civil, *in casu*. Afastamento.

12. Por fim, quanto à inserção de errata, por meio de “*pop-up*” em sites oficiais, entendendo carecerem os autores de interesse processual, *in casu*, visto que os excertos da obra violada sequer chegaram a ser veiculados, de modo que não caberia correção de erro inexistente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO DE OLHAR IMAGINÁRIO LTDA. e ANTÔNIO VENTURI NETO; conhecer de ambos os apelos, rejeitando as preliminares arguidas e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DE OLHAR IMAGINÁRIO LTDA. e ANTÔNIO VENTURI NETO E, POR MAIORIA, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ALTER CYBER MÍDIA S/C LTDA, JULIO WAINER e SATIE WADA DE OLIVEIRA, apenas para reformar a r. sentença de piso no que se refere à concessão de indenização, por danos morais, no montante total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em favor dos autores; mantendo-se, no restante, por seus próprios fundamentos, a r. sentença de origem; tudo nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2017.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de apelações interpostas por OLHAR IMAGINÁRIO LTDA. e ANTÔNIO VENTURI NETO (CORRÉUS) E ALTER CYBER MÍDIA S/C LTDA., JULIO WAINER e SATIE WADA DE OLIVEIRA (COAUTORES) contra a r. sentença proferida em ação ordinária indenizatória, julgada parcialmente procedente, para declarar o direito dos autores à indenização por danos materiais, em decorrência de violação de direito autoral, no importe total de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), extinguindo, pois, o feito, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil - fls. 484/493.

Os réus interpuseram agravo retido às fls. 478/480 contra a decisão de fls. 474/477, que indeferiu prova testemunhal por eles requerida, com o suposto fim de comprovar a autoria da obra intelectual ora em questão.

Em suas razões de apelo, pugnaram os requeridos, preliminarmente, pelo conhecimento do agravo retido já mencionado, bem como protestaram pelo reconhecimento de sua ilegitimidade *ad causam* passiva e da ilegitimidade processual dos coautores Julio e Satie. No mérito, requerem a improcedência do pedido inicial, pelo reconhecimento da licitude do ato e por inexistir, segundo eles, qualquer prejuízo.

Por sua vez, os coautores, em sede recursal, requerem o aumento do *quantum* indenizatório, a título de danos materiais, bem como que sejam os réus condenados ao pagamento de indenização por danos morais. Pedem, ainda, que a União providencie a divulgação oficial dos créditos autorais, em favor dos ora apelantes.

Com contrarrazões de apelação e contraminuta de agravo retido, subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Do agravo retido dos réus.

Inicialmente, preenchido o requisito previsto no art. 523, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973, conheço do agravo retido interposto às fls. 478/480, passando, pois, à sua análise.

No mérito, *o agravo retido deve ser desprovido.*

Com efeito, como bem decidiu e fundamentou o MM. Juízo *a quo*, à época oportuna, a produção da prova requerida pelos réus é desnecessária e de cunho meramente protelatório. Afinal, tendo em vista o farto material documental contido nos autos - no sentido de demonstrar, cabalmente, a autoria da obra violada, por ora já incontroversa, ressalte-se - não há porque deferir a produção da prova então requerida pelos corréus, preclusa.

Isto posto, *nego provimento ao agravo retido*, passando, então, à análise das apelações.

Das apelações.

Do apelo dos réus.

Da preliminar de ilegitimidade passiva dos requeridos.

Não há necessidade de maiores delongas para fundamentar o afastamento desta preliminar recursal, visto que é manifesta a confissão dos réus, nos autos, quando do oferecimento de proposta de supressão das imagens violadas, aos autores - o que fora realmente feito, diga-se, até mesmo antes da prolação da r. sentença de primeiro grau.

Também, do conteúdo do e-mail enviado pelo apelante *ANTONIO VENTURI NETO*, em 06.11.2009 (fl. 101), vislumbra-se a comprovação do reconhecimento, pelos próprios corréus, da prática de “uso indevido das imagens” (*sic*) de autoria de Júlio Wainer e Satie Wada de Oliveira, no filme “Paulo Freire Contemporâneo”, de modo que não há como se afastar, *in casu*, a legitimidade *ad causam* passiva dos requeridos.

Também resta ponderar que, da simples leitura da peça recursal, percebe-se que a autoria do ato supostamente ilícito de violação dos direitos autorais jamais fora questionada. O que os réus contestam, pois, é apenas se houve ilicitude do mesmo. A autoria, assim, é, mais uma vez, incontroversa e confessada, de modo a não se falar, por derradeiro, em exclusão dos réus do pólo passivo da demanda.

Rejeito.

Da preliminar de ilegitimidade ativa dos coautores Julio Wainer e Satie Wada de Oliveira.

Tampouco há de prosperar tal alegação. Nos estritos termos dos artigos 11 e 13, ambos da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), considera-se autor aquele que trabalhou intelectualmente para a criação, elaboração e finalização da obra, devendo este ser expressamente apontado em seus créditos. Uma vez que resta plenamente comprovada a autoria da obra violada - e tal fato é pronta e claramente reconhecido pelos próprios corréus, nos estritos termos do e-mail já mencionado, acostado à fl. 101 dos autos - cabe a Julio Wainer e Satie Wada de Oliveira a defesa, em juízo, de seus direitos, devendo, pois, estes, permanecerem, como medida de justiça, no pólo ativo do presente feito.

Afasto.

Passo, assim, ao exame do mérito recursal da apelação dos réus.

Do mérito recursal, propriamente dito.

Estando a autoria do ato de violação de direito autoral plenamente comprovada nos autos e inexoravelmente confessada pelos réus, em seu próprio desfavor, limita-se o mérito desta apelação a perquirir sobre a verificação de sua licitude (ou ilicitude), bem como quanto à existência de efetivo prejuízo material sofrido pelos autores da presente ação.

Como tais questões controvertidas se misturam e se implicam com o mérito da apelação da parte autora, passo a analisa-las todas em conjunto, no tópico a seguir, desde já salientando que *a apelação dos réus deve ser improvida.*

Da apelação dos autores.

Dos danos materiais e morais. Da ilicitude do ato dos corréus. Da indenização. Do quantum debeatur.

O direito autoral é constitucionalmente protegido, a título de cláusula pétrea, por ser direito fundamental. É o que declara o artigo 5º da Carta Política, *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;*
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.*

O direito de autor, ainda, é considerado, em nosso sistema jurídico pátrio, *direito da personalidade*, tutelado nos artigos 11 a 21, do Código Civil brasileiro, sendo que o artigo 12, *caput*, do referido *Codex* determina, *verbis*:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

A Lei 9.610/98, por sua vez, prevê expressamente:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou pro-

dução para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

- a) representação, recitação ou declamação;*
- b) execução musical;*
- c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;*
- d) radiodifusão sonora ou televisiva;*
- e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;*
- f) sonorização ambiental;*
- g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;*
- h) emprego de satélites artificiais;*
- i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;*
- j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;*

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Tratando-se, portanto, de reprodução parcial de obra intelectual audiovisual, a questão central desloca-se para a verificação da existência de lesão, por parte dos corréus, de direitos sobre a obra produzida pelos demandantes.

Não há como se afastar que o autor detém os direitos morais e patrimoniais sobre o que criou, inclusive por previsão legal (art. 22, da Lei de Direitos Autorais), bem como que a utilização por terceiros sem a devida autorização importa - ainda que parcial - em manifesta violação de tais direitos.

E a Lei 9.610/98 prescreve:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

[...]

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Ante todo o exposto até aqui, portanto, de se reconhecer, por ora, a ilicitude do ato dos réus, vez que estes jamais deram o devido crédito aos autores - eis que os requeridos, ademais, declararam perante o MM. Juízo *a quo* que conferiram menção apenas ao Instituto Paulo Freire, sem relacionar os demais autores da obra.

Demais disso, os réus participaram de processo licitatório para produção de sua obra, em que *reproduziram, sem qualquer autorização, excertos de audiovisual de autoria dos requerentes, com fins de proveito econômico*, fato este que, por si mesmo, já afasta a tese de que teriam se valido do permissivo do *creative commons* - que permite, sim, a reprodução de obra alheia, desde que se faça a devida menção dos créditos autorais e com a ressalva de se dar tal ato sem qualquer fim lucrativo. Não foi o caso.

Portanto, uma vez reconhecido o ato ilícito, segundo regra basilar do artigo 927, *caput*, do Código Civil, *verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nesta senda, como bem destacou o MM. Juízo de origem, caracterizado o dano material, *in casu*. Por último, volto a frisar que os próprios demandados reconheceram a existência do mesmo, ao proporem, em e-mail, aos autores, a soma de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), a título de recomposição, pelos danos materiais sofridos.

No que tange ao *quantum* indenizatório, a título de danos materiais, em se considerando a extensão do ilícito, a capacidade econômica dos corréus, bem como as consequências de seus atos, e ainda em consideração às regras da razoabilidade e proporcionalidade, mantenho o valor fixado em primeira instância para fins de reparação dos danos materiais, devendo, neste tópico, o apelo dos autores ser, pois, improvido.

A respeito dos danos morais, o autor da obra possui direitos de natureza moral - conforme já reproduzido do artigo 24 da Lei de Direitos Autorais, sendo estes, aliás, inalienáveis e irrenunciáveis (exatamente por se caracterizarem como espécie de direitos da personalidade), dentre eles o direito de paternidade da obra, garantindo ao autor o direito de ter o seu nome ou pseudônimo indicado, quando da utilização da obra de sua autoria.

Ante o depreendido dos autos, restou constatado que os réus se utilizaram da obra sem a cabível autorização, com fins econômicos, não fazendo menção aos créditos, suprimindo direito de nomeação, inerente aos autores. Uma vez, portanto, violado o direito da personalidade - de natureza moral - de menção da paternidade de obra audiovisual - configurado o dano moral. Passível, portanto, de indenização.

Não é outro o entendimento desta E. Corte, conforme se passa a destacar, *verbis*:

O autor de obra literária é titular de direitos morais e de direitos patrimoniais sobre o trabalho intelectual por ele produzido. Os direitos patrimoniais compreendem os poderes de usar, fruir e dispor de sua obra, bem como de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros no todo ou em parte. Os direitos morais do autor, enumerados no art. 24 da Lei 9.610, de 1998, são inalienáveis e irrenunciáveis. (AC 0007766-64.1999.4.03.6000/MS. Rel. Des. NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: D.E. 19/10/2010 - destaqueei).

Nessa esteira de entendimento, também colaciono pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. *RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DIREITO AUTORAL. DANO MORAL. NEXO CAUSAL CONFIGURADO*. AGÊNCIA DE PUBLICIDADE. PÓLO PASSIVO. EXCLUSÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IDENTIDADE FÁTICA. DIVERSA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. *DIREITO AUTORAL*.

(1031240 RS 2008/0065336-4, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 20/11/2008, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2008 - g.n.).

DIREITO AUTORAL. *OBRAS FOTOGRÁFICAS PUBLICADAS SEM INDICAÇÃO DE AUTORIA. DANO MORAL. EXTENSÃO DO CONSENTIMENTO DO AUTOR DA OBRA*. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07. 1.DIREITO AUTORAL. (...)

3. A dúvida quanto aos limites da cessão de direitos autorais milita sempre em favor do autor, cedente, e não em favor do cessionário, por força do art. 49, inciso VI, da Lei nº 9.610 de 1998.

4. A simples circunstância de as fotografias terem sido publicadas sem a indicação de auto-

ria - como restou incontroverso nos autos - é o bastante para render ensejo à reprimenda indenizatória por danos morais.

5. O valor da condenação por danos morais (R\$ 15.000,00) deve ser mantido, uma vez não se distanciar dos parâmetros praticados por esta Corte.

6. Recurso especial não conhecido.

(750822 RS 2005/0080987-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/02/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2010 - g.n.).

Assim, portanto, quanto a este tópico, de se dar provimento ao recurso da parte autora, para reformar o r. *decisum a quo*, com o fim de se fixar, em proveito daqueles, indenização a título de danos morais, a ser cumulada com aquela para reparar os danos materiais sofridos.

No tocante ao *quantum* indenizatório, devem ser ponderadas as circunstâncias do fato e os prejuízos sofridos pela parte, de modo que o valor arbitrado a título de indenização não seja ínfimo, tampouco exagerado, para que seja aferido um valor razoável.

Além disso, a indenização por dano moral tem caráter dúplice, com finalidade tanto punitiva ao ofensor quanto compensatória às vítimas da lesão, sendo que o valor arbitrado deve desestimular a utilização indevida e compensar a humilhação sofrida, sem acarretar o enriquecimento sem causa da parte prejudicada.

Desta forma, o valor da reparação monetária, a título de danos morais, in casu, deve ser estabelecido no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), considerando o valor do gravame e o tempo durante o qual os autores sofreram os efeitos da utilização indevida de sua obra.

Da não responsabilidade civil da União, in casu.

Tal pedido dos autores, ora apelantes, não merece prosperar.

No tocante à responsabilidade civil da União, entendo que o *decisum a quo* é irreprochável, visto que o ente público apenas organizou o concurso público para a seleção da obra em homenagem ao educador Paulo Freire, não havendo qualquer nexo de causalidade ou conduta potencialmente ilícita do ente federal a ensejar a responsabilidade civil, *in casu*.

Como bem salientado na r. sentença monocrática, à fl. 492, *verbis*: “A conduta da União não se subsume ao previsto no artigo 104 da Lei 9.610/98. O concurso público não teve finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem.” (negritei).

Assim, em não havendo violação ilícita a direito autoral, por parte da União Federal ou de qualquer de seus órgãos, não há que se falar em responsabilidade civil da pessoa jurídica de Direito Público. Nego provimento a tal pedido recursal.

Por fim, quanto à inserção de errata, por meio de “*pop-up*” em sites oficiais, entendo carecerem os autores de interesse processual, *in casu*, visto que os excertos da obra violada sequer chegaram a ser veiculados, de modo que não caberia correção de erro inexistente.

Isto posto, no mérito, nego provimento à apelação dos réus e dou parcial provimento à apelação dos autores, apenas para reformar a r. sentença de primeiro grau no que se refere à concessão, em favor dos autores, de indenização, por danos morais, no montante ora arbitrado de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Mantido, no mais, o r. *decisum a quo*.

Dispositivo.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO DE OLHAR IMAGINÁRIO LTDA. e ANTÔNIO VENTURI NETO; conheço de ambos os apelos, rejeitando as pre-

liminares arguidas e, no mérito, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DE OLHAR IMAGINÁRIO LTDA. e ANTÔNIO VENTURI NETO E DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ALTER CYBER MÍDIA S/C LTDA, JULIO WAINER e SATIE WADA DE OLIVEIRA, apenas para reformar a r. sentença de piso no que se refere à concessão de indenização, por danos morais, no montante total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em favor dos autores; mantendo-se, no restante, por seus próprios fundamentos, a r. sentença de origem; tudo nos termos deste voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO:

Trata-se de apelações interpostas por Olhar Imaginário LTDA. e Antônio Venturi Neto (corrêus) e Alter Cyber Mídia S/C LTDA., Julio Wainer e Satie Wada de Oliveira (coautores) em face da r. sentença de fls. 484/493 que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar os primeiros no pagamento de indenização por danos materiais, em decorrência de violação de direito autoral, no importe de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), bem como os coautores, ora apelantes, em honorários advocatícios arbitrados no percentual de 10% do valor dado à causa.

Os réus interpuseram agravo retido às fls. 478/480 contra a decisão que indeferiu prova testemunhal por eles requerida (fls. 474/477).

Em suas razões de apelo, pugnaram os corrêus, preliminarmente, pelo conhecimento do agravo retido, bem como reconhecimento de sua ilegitimidade *ad causam* passiva e da ilegitimidade processual dos coautores “Julio” e “Satie”. No mérito, requerem a improcedência do pedido inicial, pelo reconhecimento da licitude do ato e por inexistir, segundo eles, qualquer prejuízo.

Por sua vez, os coautores, em sede recursal, requerem o aumento do *quantum* indenizatório, a título de danos materiais, bem como que sejam os réus condenados ao pagamento de indenização por danos morais. Pedem, ainda, que a União providencie a divulgação oficial dos créditos autorais, em favor dos ora apelantes.

Com contrarrazões de apelação e contraminuta de agravo retido, subiram os autos a este E. Tribunal.

Em sessão de julgamento realizada em 24/10/16, o e. relator Des. Fed. Paulo Fontes negou provimento ao agravo retido e apelação interpostos por Olhar Imaginário LTDA. e Antônio Venturi Neto e deu parcial provimento ao apelo de Alter Cyber Mídia S/C LTDA., Julio Wainer e Satie Wada de Oliveira para condenar os corrêus no pagamento de indenização por danos morais que foram arbitrados no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no que foi acompanhado, em antecipação de voto, pelo e. Des. Fed. André Nekatschalow.

Pedi vista dos autos para melhor reflexão sobre o processo, especialmente quanto ao direito à indenização por danos morais.

É o relatório.

De fato, pleiteiam os autores desta demanda a condenação em indenização por danos morais, a qual decorre diretamente da violação de direito de igual natureza, expressamente previsto no artigo 24, da Lei nº 9.610/98, que prevê:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

[...]

A responsabilidade civil encontra previsão legal nos artigos 186 e 927, do Código Civil, segundo os quais aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo.

A obrigação de reparar o dano, em linhas gerais, caracterizados o dano e a ação ou omissão voluntária, decorre da comprovação do nexo de causalidade entre um e outro elemento.

Tais condições estão na base da estrutura da responsabilidade civil e delas depende a fixação da obrigação de indenizar, seja no âmbito patrimonial, seja no aspecto do dano moral.

No caso dos autos, ficou demonstrada a violação a direito reconhecido na Lei nº 9.610/98, por ação praticada pelos corréus, bem como o vínculo causal entre um e outro, daí porque inafastável a fixação de indenização para reparar danos materiais causados à parte autora.

Igual sorte não socorre a alegada caracterização de dano moral, a qual, como é cediço, deve observar a mesma base estrutural da responsabilidade, isto é: conduta, dano e nexo de causalidade, condições que não estão aqui perfeitamente delineadas, já que a lesão ao direito moral não ficou demonstrada.

A norma de regência dos direitos autorais, como se viu, assegura especialmente ao seu titular o direito de reivindicar a autoria, bem como de ver sua nomeação indicada sempre que sua obra for objeto de uso e divulgação. A natureza moral desta garantia não se discute, já que inserida no bojo dos direitos da personalidade (art. 5º, XXVII, da Constituição Federal), tampouco o direito à reparação civil no caso de abuso ou violação causador de dano.

A ocorrência do dano moral a este direito, contudo, depende da demonstração do sofrimento emocional, psíquico e social, capaz de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo ou, ainda, aquele prejuízo ao íntimo do ofendido, já que o direito assegurado diz com a esfera da personalidade.

Por tal razão, meros aborrecimentos, dissabores ou transtorno corriqueiro estão fora do referido conceito, na medida em que o dano moral resulta do prejuízo decorrente da dor e/ou constrangimento impingidos a uma pessoa; dano causador de ofensa significativa aos sentimentos, honra e dignidade e que provoquem mágoa e atribulações na esfera interna do indivíduo ou, ainda, exposição à situação vexatória ou ridícula perante o meio social.

Tal comprovação é difícil e exige prova consistente, porque ainda que se prove a conduta ensejadora de lesão ao direito, é necessário que o julgador afira se esta foi causadora deste abalo interno, que não equivale ao mero incômodo.

Daí que embora comprovada a indevida utilização e adulteração de obra intelectual, protegida por direito autoral, não ficou demonstrado o dano à sensibilidade, honra ou dignidade apto a propiciar a reparação também no campo moral da responsabilidade, prova esta que constituía ônus exclusivo da parte autora.

Ausente o dano moral a direito autoral, não há falar em fixação de indenização.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo retido e recurso de apelação interpostos por Olhar Imaginário LTDA. e Antônio Venturi Neto (acompanho o relator), bem como ao apelo de

Alter Cyber Mídia S/C LTDA. Julio Wainer e Satie Wada de Oliveira (divirjo do relator), com manutenção da íntegra da r. sentença.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO

APELAÇÃO CÍVEL
0010258-43.2010.4.03.6000
(2010.60.00.010258-5)

Apelante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO MS
Apelado: PAULO RENATO DOLZAN
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AC 2202318
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ANUIDADE DEVIDA À OAB. PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS. PARCELAMENTO. NOVAÇÃO NÃO CONFIGURADA. EXTINÇÃO INDEVIDA. RECURSO PROVIDO.

1. O parcelamento de anuidades devidas à OAB, no âmbito fixado por programa de recuperação de créditos, não configura novação da dívida originária, mas mero parcelamento incentivado por redução de encargos, na linha do que instituído no parcelamento de créditos tributários.
2. Ainda que se trate de dívida sem natureza tributária, a concessão de parcelamento não equivale à novação da dívida, cujos requisitos envolvem não apenas, objetivamente, contrair o devedor uma nova dívida para extinguir e substituir a anterior (artigo 360, CC), como, subjetivamente, agirem as partes com ânimo de novar, expresso ou inequívoco, ainda que tácito, sem o que, nos termos do artigo 361 do Código Civil, “a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”, sem gerar o efeito extintivo respectivo.
3. Tal qual no âmbito tributário, o parcelamento de anuidades da OAB não configura novação da dívida originária e, assim, não gera a extinção da obrigação em razão exclusivamente da adesão ao programa de recuperação de créditos, reforçando a conclusão de que, enquanto pendente o parcelamento, a execução não pode ser extinta, mas apenas suspensa, ainda que a prescrição possa ocorrer se não for retomada, a tempo, a cobrança, após os vencimentos pactuados e a inadimplência configurada.
4. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de abril de 2017.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de apelação, interposta contra sentença, que decretou a extinção da *execução de título extrajudicial* (anuidade de 2009), com resolução de mérito (art. 924, III, do CPC/2015), ajuizada pela OAB, em virtude de novação.

Alegou a OAB que: (1) cabe a suspensão do processo, e não a extinção, pois, apesar de ter ocorrido parcelamento administrativo, o interesse processual da exequente persiste, haja vista que obrigação não foi integralmente satisfeita; (2) parcelamento e novação não se confundem, pois esta implica a constituição de uma obrigação nova, em substituição de outra que fica extinta, enquanto aquele pressupõe manutenção da obrigação, com alterações das condições de pagamento; e (3) não está presente a intenção de novar, um dos requisitos para que ocorra a novação.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Os autos vieram-me conclusos e foram recebidos fisicamente no Gabinete em 22/11/2016, com inclusão em pauta para julgamento na sessão de 05/04/2017.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, cuidam os autos de execução de título extrajudicial, relativo a anuidades, em que a sentença, em razão da adesão do devedor ao programa de recuperação de créditos e parcelamento, instituídos pela Resolução OAB/MS 05/2016, decretou a extinção do feito, sob o entendimento de que houve novação da dívida, na forma do artigo 360, I, do Código Civil.

Ainda que as anuidades da OAB não constituam tributo, conforme assente na jurisprudência, e estejam sujeitas, pois, à legislação civil, a novação apenas pode ser reconhecida se forem cumpridos os requisitos legais específicos previstos no Código Civil para a extinção da obrigação originária.

Todavia, assente a jurisprudência no sentido de que não configura novação o mero parcelamento da dívida. A Suprema Corte, inclusive, já decidiu neste sentido (HC 102.348, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 07/06/2011). Ainda que, no âmbito de ação penal e de débito fiscal, nada obsta que se reconheça idêntica solução às anuidades da OAB.

Esta Corte já assentou o entendimento de que parcelamento fiscal não configura novação e, portanto, não autoriza extinção, mas apenas suspensão da cobrança judicial:

AC 00315050420164039999, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 18/01/2017: DIREITO TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO APÓS A PROPOSITURA DA EXECUÇÃO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. ART. 267, VI, DO ANTIGO CPC, VIGENTE À ÉPOCA. NOVAÇÃO DE DÍVIDA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.
1. Trata-se de recurso de apelação interposto pela UNIÃO em face da r. sentença de fls. 64/64-v

que, em autos de execução fiscal, julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do antigo Código de Processo Civil, vigente à época da decisão, c/c o art. 156, inciso III, do Código Tributário Nacional, diante da existência de parcelamento da dívida fiscal, o que configura novação. Sem condenação em honorários advocatícios e sem reexame necessário.

2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, “interrompido o prazo prescricional em razão da confissão do débito e pedido de seu parcelamento, por força da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o prazo recomeça a fluir a partir da data do inadimplemento do parcelamento” (AgRg no Ag 1.382.608/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/11). Em outras palavras, o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário e interrompe o prazo prescricional, que volta a correr no dia em que o devedor deixa de cumprir o acordo. Sendo assim, não há que falar em ocorrência da prescrição intercorrente, tampouco em novação.

3. Conforme disposto no artigo 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional, o parcelamento realizado após a propositura da execução fiscal suspende a exigibilidade do crédito tributário, o que não justifica a extinção da ação, dado que inadimplente o contribuinte, haverá o prosseguimento do feito. Destarte, a partir do momento em que um crédito executado é parcelado, não podem mais ser tomadas quaisquer medidas constritivas na execução fiscal, que deve permanecer suspensa até que haja a quitação de todas as parcelas ou que sobrevenha notícia do respectivo inadimplemento.

4. A adesão ao parcelamento é acompanhada de confissão da dívida, razão pela qual enseja na interrupção do prazo prescricional. O parágrafo 4º do art. 40, da Lei nº 6.830/1980, acrescentado pela Lei nº 11.051/2004, permite a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, com a oitiva da Fazenda Pública, apenas se o prazo fluir sem qualquer suspensão ou interrupção da prescrição.

5. O crédito tributário só se extingue nas hipóteses previstas no art. 156 do CTN, em que se não insere o parcelamento da dívida, que constitui mera dilação do prazo de pagamento. Desta forma, a execução fiscal não deve ser extinta enquanto não adimplido todo o crédito representado na correspondente Certidão de Dívida Ativa (fls. 02/05). Fica, por conseguinte, suspensa a ação executiva, na dependência do cumprimento pela executada dos pagamentos pactuados junto à exequente, mantidas íntegras eventuais garantias decorrentes da execução fiscal. Devendo, inclusive, o apelado arcar com as custas processuais.

6. Apelação a qual se dá provimento.

No caso, ainda que se trate de obrigação não tributária, é possível extrair das prescrições, adotadas pela Resolução OAB/MS 05/2016 para regular o programa de recuperação de créditos, que não se autorizou novação da dívida, de sorte a contrair o devedor nova dívida para extinguir e substituir a anterior (artigo 360, I, CC), e nem houve, por parte da OAB, *animus novandi*.

Cabe anotar que, no âmbito civil, o Superior Tribunal de Justiça já firmou precedente, realçando que “o acordo extrajudicial firmado entre credor e devedor principal para mera prorrogação do pagamento da dívida não implica em novação, de sorte que a obrigação do avalista do título permanece hígida” (RESP 302.134, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 09/06/2003).

Mesmo no caso de previsão de pagamento com desconto, não existe novação, quando o acordo vincula o devedor à dívida originária, que subsiste em caso de inadimplemento, afastando, assim, o *animus novandi*, elemento essencial à configuração da causa legal de extinção da obrigação. Sem o ânimo de novar, expresso ou inequívoco, ainda que tácito, dispõe o artigo 361 do Código Civil, que “a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”.

São diversas as previsões normativas que evidenciam a inexistência de ânimo de novar com a adesão do inadimplente ao programa de recuperação de créditos, como revelam os artigos 2º e 5º da Resolução OAB/MS 05/2016, este último a tratar do requerimento de suspensão da execução durante a vigência do parcelamento, condicionado, pois, o pedido de extinção ao cumprimento integral e regular do acordo. Se houvesse a intenção de novar, as normas reguladoras do acordo seriam outras, expressas e inequívocas, como manda a lei, no sentido de extinguir a dívida originária a favor dos termos da nova obrigação contratada.

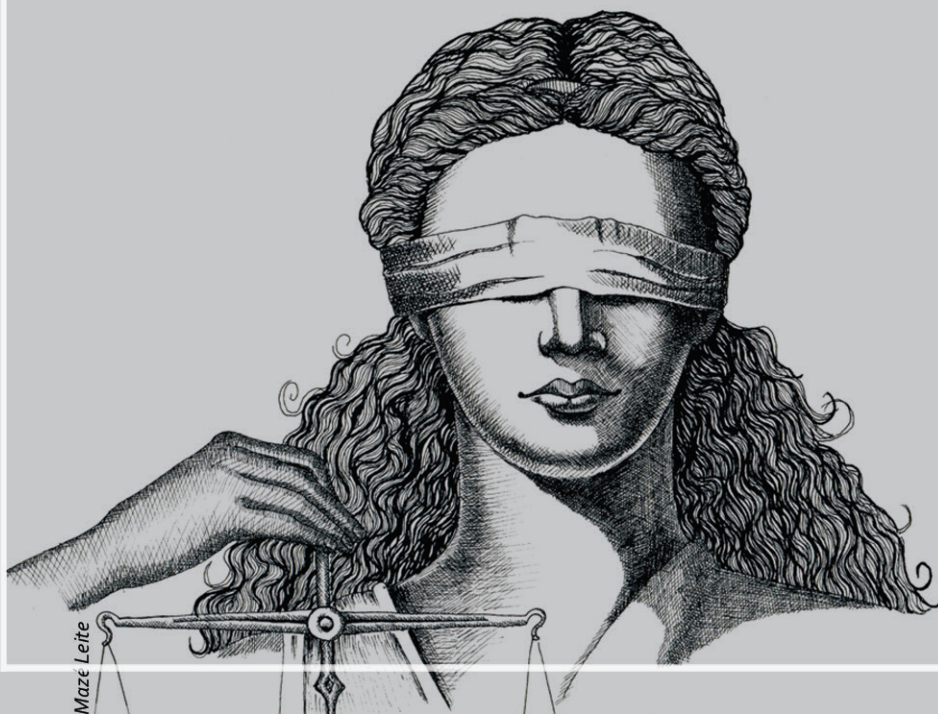
Logo, tal qual no âmbito tributário, o parcelamento de anuidades da OAB não configura novação da dívida originária e, assim, não gera a extinção da obrigação em razão exclusivamente da adesão ao programa de recuperação de créditos, reforçando a conclusão de que, enquanto pendente o parcelamento, a execução não pode ser extinta, mas apenas suspensa, ainda que a prescrição possa ocorrer se não for retomada, a tempo, a cobrança, após os vencimentos pactuados e a inadimplência configurada.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL

0002132-11.2005.4.03.6119

(2005.61.19.002132-8)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E JOÃO CARLOS COSTA

Apelados: OS MESMOS

Excluído: EDSON FERREIRA DE SOUZA (DESMEMBRAMENTO)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Classe do Processo: ACr 27319

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2017

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DECLARAÇÃO DE BAGAGEM ACOMPANHADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Materialidade, autoria e dolo referentes ao delito previsto no art. 299, *caput*, do Código Penal, comprovados.
2. Razões genéricas e que descrevem não mais que circunstâncias ordinárias, comuns para o tipo penal, não autorizam a exasperação da pena-base.
3. A atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são circunstâncias igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67 do Código Penal e se compensam.
4. Se as circunstâncias judiciais subjetivas do réu (artigo 59 do Código Penal) não forem valoradas negativamente, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser estabelecido com base na pena fixada em concreto.
5. Com fundamento no artigo 44, I e III e § 3º do Código Penal, e se constituir medida socialmente recomendável, é possível substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.
6. Recurso de defesa parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa para diminuir a pena-base fixando-a no mínimo legal; para aplicar a atenuante da confissão espontânea compensando-a com a agravante da reincidência, de que resulta a *pena definitiva de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa*; para fixar o regime aberto de cumprimento de pena e para substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2017.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo *Ministério Público Federal* e por *João Carlos Costa* em face da r. sentença de fls. 512/517, que julgou procedente a denúncia, para condená-lo a prática do delito previsto no artigo 299, *caput*, do Código Penal, fixada a pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime fechado de cumprimento de pena, e 25 (vinte e cinco) dias-multa, cada um fixado no mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em suas razões recursais, a acusação requer a reforma da sentença objetivando o aumento da pena-base (fls. 527/533).

Em sua apelação, a defesa requer a reforma da sentença nos seguintes termos (fls. 571/592):

a) o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto aplicada;

b) absolvição do réu sob o fundamento de que o acusado não possuía consciência da ilicitude do fato, nos termos do artigo 21 do Código Penal e 386, VI, do Código de Processo Penal, ou subsidiariamente, a redução da pena nos termos do artigo 21 do Código Penal;

c) absolvição do réu sob o fundamento de ausência de dolo, nos termos do artigo 386, III ou VII, do Código de Processo Penal;

d) redução da pena-base;

e) incidência da atenuante da confissão espontânea;

f) a fixação do regime aberto de cumprimento de pena;

g) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

h) devolução da quantia apreendida com o apelante na data dos fatos.

Contrarrazões da defesa apresentadas às fls. 545/555 e da acusação às fls. 612/617.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento da apelação (fls. 594/602-v).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Consta dos autos que *João Carlos Costa* foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 299, *caput*, do Código Penal, porque inseriu declaração falsa em documento público (Declaração de Bagagem Acompanhada - DBA).

Narra a denúncia, que no dia 10/05/2005, durante fiscalização realizada no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, no voo oriundo de Madrid/Espanha, agentes da Polícia Federal abordaram e procederam busca pessoal no acusado, e encontraram ocultado em suas vestimentas, o valor de \$ 9.360,00 (nove mil trezentos e sessenta euros), sem que tal informação

constasse em sua Declaração de Bagagem Acompanhada (fls. 02/04).

Após regular instrução, sobreveio sentença condenatória contra a qual a defesa e a acusação interpuseram apelações (fls. 571/592 e 527/533).

Preliminarmente, verifico que não há como admitir o pleito da defesa de reconhecimento da *prescrição da pretensão punitiva* pela pena em concreto, tendo em vista que, nos termos dos artigos 109, *caput*, e 110, § 1º, do Código Penal, a prescrição, antes do trânsito em julgado para a acusação, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, lapso temporal o qual ainda não se esgotou.

Passo a matéria devolvida.

Inicialmente, registro que a *materialidade delitiva* está demonstrada pelos seguintes elementos: a) Auto de Prisão em Flagrante (fls. 06/09); b) Auto de Apresentação e Apreensão IPL nº 21.0114.05 (fl. 10) e c) Declaração de Bagagem Acompanhada (fl. 17/17-v).

De fato, concluiu-se que o acusado, ao preencher a Declaração de Bagagem Acompanhada com a informação de que não portava valores em espécie em patamares superiores ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), inseriu declaração falsa em documento público, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

A autoria também é inconteste.

As testemunhas foram uníssonas em confirmar, de forma precisa e harmônica, a ocorrência dos fatos e a responsabilidade pela autoria dos mesmos, sobretudo o fato de terem encontrado o valor de \$ 9.360,00 (nove mil trezentos e sessenta euros) nas roupas íntimas e no bolso do acusado (fls. 06/09 e 114/117).

Em sede policial o réu exerceu o seu direito constitucional ao silêncio, e em juízo confirmou a prática delitiva. Disse, contudo, que não foi orientado e não tinha consciência da ilicitude da conduta, bem como que trouxe tal quantia a pedido de sua irmã, para custear tratamento de saúde de seu pai (fl. 06/09 e 61/62).

Ora, o fato de o réu ocultar tamanho numerário em suas roupas íntimas e em seu bolso demonstra a evidente intenção de burlar a lei brasileira e enganar a fiscalização. Logo, não merece guarida o pleito defensivo de absolvição do réu pela ausência de consciência da ilicitude da conduta, ou mesmo, ausência de dolo. Tal argumento torna-se ainda mais fragilizado quando se verifica que o réu não é iniciante em viagens internacionais, pois já foi a Portugal por duas vezes (fl. 61).

As circunstâncias do caso concreto indicam que o apelante possuía plena ciência de que todo viajante que ingressa no Brasil, qualquer que seja a via de transporte, e que tenha bens a declarar, obrigatoriamente deve preencher a Declaração de Bagagem Acompanhada (DBA) e apresentar-se à fiscalização aduaneira. Assim, ao inserir declaração falsa em documento público, de forma livre e consciente, perpetrou conduta típica e antijurídica, a ensejar sua condenação nas penas dos artigos 299, *caput*, do Código Penal.

Portanto, demonstradas a autoria e a materialidade delitivas, bem como dolo, a manutenção da condenação de *João Carlos Costa* pelo cometimento do crime do artigo 299, *caput*, do Código Penal é medida de rigor.

O Magistrado de primeiro grau aplicou as penas com a seguinte fundamentação:

Passando à análise da dosimetria da pena, consoante o art.59, *caput*, do Código Penal, verifico:
a) *Culpabilidade*: não resta dúvida de que a conduta do réu é reprovável, pois ao invés de utilizar-se das vias normais, na busca do ingresso de moeda estrangeira no país, preferiu à

*atividade criminosa, não se podendo, assim, ser complacente, diante do bem jurídico tutelado - fé pública; b) Antecedentes: são desabonadores, mas não a considerarei nesta 1ª fase, diante da reincidência a ser analisada na 2ª fase, conforme certidões acostadas às fls. 119, 125/129, 145, 160, 185, 192, 369/370; c) Conduta Social: nada de desabonador consta; d) Personalidade do agente: nada de desabonador consta; e) Motivos determinantes: restou explicito os motivos da empreitada criminosa perpetrada pelo réu, pois, a meta optata, quando da apresentação da declaração de bagagem acompanhada - DBA, era possibilitar o ingresso da moeda estrangeira, à margem do conhecimento das autoridades alfandegárias; f) Circunstâncias Objetivas: a infração deu-se em 10 de maio de 2005, omitindo, em documento público (DBA), fato juridicamente relevante, declaração de bem (\$ 9.360,00 euros), após retorno do exterior; g) Consequências: Seu comportamento, por si só, causou perigo ao Estado, pois o perigo é abstrato. Presume o legislador o risco do dano; h) Comportamento da vítima: Aqui não há um comportamento da vítima, propriamente dito, pois vítima é o Estado. Com isso, fixo a pena pela prática do crime do art. 299, caput, do Código Penal, na pena-base de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão. Embora tenha havido uma confissão qualificada, reconheço a atenuante genérica da confissão (CP, art. 65, III, "d"), mas não a conheço tendo em vista ser a agravante da reincidência (cf. certidão de objeto e pé à fl. 119) preponderante sobre aquela, a teor dos arts. 61, I c.c. o 63 e 67, todos do Código Penal (vide STJ HC 10.562-PR, 5º T., rel Gilson Dipp, 15.02.2000, DJ 20.03.2000, p. 85), por isso aumento-a em 1/3 (um terço), perfazendo 02 (dois) anos de reclusão. Não há incidência de causa de aumento ou de diminuição, razão pela qual torno a pena em definitiva em 02 (dois) anos de reclusão. Condeno-o, ainda, à pena pecuniária de 15 (quinze) dias-multa, aumentada de 10 (dez) dias pela reincidência, perfazendo 25 (vinte e cinco) dias-multa, fixando cada dia multa em 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, devendo o valor ser corrigido monetariamente a partir do trânsito em julgado da sentença. Nos termos do artigo 33, 1º, 2º e 3º, do Código Penal, por ser o réu reincidente em infração penal dolosa e da análise das circunstâncias judiciais analisada supra, o réu deverá cumprir a pena no regime fechado. Presentes os requisitos objetivos e ausentes os subjetivos dos arts. 43 e seguintes, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98 do Código Penal, razão pela qual deixo de substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Dispositivo: Ante o exposto, tendo presentes os motivos expendidos, e o mais que dos autos consta, julgo procedente o pedido, formulados na exordial, para condenar, JOÃO CARLOS COSTA, NATURAL DE TAQUARI, RIO GRANDE DO SUL, CASADO, ADMINISTRADOR DE FAZENDA, NASCIDO AOS 20/10/1965, FILHO DE JOAQUIM MARCELINO COSTA E DE MARIA APARECIDA DE ANDRADE COSTA, RG 000705240 SSP/MS, pela prática do crime previsto no art. 299, caput, do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, conforme anteriormente mencionado, além da pena pecuniária de 25 (vinte e cinco) dias-multa, cada dia multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época, cujo montante deverá ser corrigido a partir do trânsito em julgado da sentença. Após o trânsito em julgado da sentença, lance-se o nome do réu João Carlos Costa no rol dos culpados e expeça-se mandado de prisão. Custas *ex lege*. Determino à Secretaria o desentranhamento dos documentos às fls. 372/375 e o encaminhamento aos autos respectivos. (grifo nosso)*

Passo à dosimetria da pena.

Na primeira fase da dosimetria, a defesa requer a diminuição da pena-base, e a acusação, por sua vez, requer o seu aumento.

Assiste razão à defesa.

Razões genéricas e que descrevem não mais que circunstâncias ordinárias, comuns para o tipo penal, não autorizam a exasperação da pena-base.

Não é possível aumentar a pena-base do delito argumentando que a *culpabilidade* do réu é elevada em virtude de ele não ter optado pelas vias normais de ingresso de moeda estrangeira. Essa condição é ínsita (própria) ao tipo penal praticado. Do mesmo modo, os *motivos*, as *circunstâncias* e as *consequências* do caso concreto não extrapolam a normalidade e são intrínsecas ao tipo penal em análise.

O *comportamento da vítima*, a *conduta social* e a *personalidade* do agente também não são aspectos desabonadores. No entanto, o réu possui *antecedentes*, que por ora não se considera, por se configurarem reincidência apta a gerar o aumento da pena na segunda fase da dosimetria.

Assim, na *primeira fase de dosimetria* da pena, fixo a pena-base no mínimo legal, o que resulta em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na *segunda fase* da dosimetria, a defesa requer a incidência da atenuante da confissão espontânea.

Com razão.

Apesar da confissão já ter sido devidamente considerada pelo juízo de primeiro grau, já que o acusado admitira tal conduta em seu interrogatório judicial (fls. 61/62), a agravante de reincidência foi considerada preponderante à referida atenuante.

De fato, nos termos do artigo 67 do Código Penal, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes.

Ocorre que, a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são circunstâncias igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67 do Código Penal e se compensam, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo (STJ, REsp nº 1.341.370, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 10/04/2013).

Desse modo, nesta *segunda fase da dosimetria*, mantenho a pena em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na *terceira fase da dosimetria*, a fixação da pena não foi objeto de recurso interposto na Superior Instância, razão pela qual *fixo a pena definitiva no mínimo legal de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa*.

No tocante ao regime prisional, dou provimento ao recurso da defesa *para fixar o regime aberto para início de cumprimento de pena*.

A pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, nos termos do artigo 33, § 2º, *caput*, do Código Penal.

Para a fixação do regime prisional, devem ser observados os seguintes fatores: a) modalidade de pena de privativa de liberdade, ou seja, reclusão ou detenção (art. 33, *caput*, CP); b) 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 d) circunstâncias do artigo 59 do Código Penal (art. 33, § 3º, do CP).

Aqui, considerando que as circunstâncias judiciais subjetivas do réu (artigo 59 do Código Penal) não foram valoradas negativamente, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser estabelecido com base na pena fixada em concreto.

No particular, a pena concretamente aplicada (1 ano de reclusão) e as circunstâncias judiciais autorizam a fixação do regime aberto, nos termos dos artigos 33, § 2º, c, do Código Penal.

Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, assiste razão à defesa.

Com fundamento no artigo 44, I e III e § 3º do Código Penal, e por constituir medida socialmente recomendável, substituo a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços comunitários a entidade assistencial a ser definida pelo Juízo da Execução.

Por fim, no que tange ao pedido da defesa de restituição de numerário, verifico que somente pode ocorrer quando não mais interessar ao processo penal e na certeza acerca da licitude e da propriedade do bem. Assim, nos termos do art. 118 do CPP, “Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo”.

Mantida, no mais, a sentença condenatória.

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* ao recurso da defesa para diminuir a pena-base fixando-a no mínimo legal; para aplicar a atenuante da confissão espontânea compensando-a com a agravante da reincidência, *de que resulta a pena definitiva de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa*; para fixar o regime aberto de cumprimento de pena e para substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0009972-02.2013.4.03.6181
(2013.61.81.009972-6)

Apelante: SANDRA VIEIRA PEREIRA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ACr 70363
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2017

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 304 C/C 301, §1º DO CP. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. USO DE ATESTADOS FALSOS COM O INTUITO DE JUSTIFICAR AUSÊNCIAS AO TRABALHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. ACRÉSCIMO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. APELO IMPROVIDO.

No ano de 2012, a acusada fez uso perante a ECT de 10 atestados médicos falsos, supostamente emitidos pela AMA/UBS Castro Alves, para fins de abono de mais de 50 faltas ao trabalho.

A materialidade, a autoria e o dolo estão comprovados, na medida em que a apelante apresentou os atestados médicos falsificados ao seu empregador, com o intuito de abonar as faltas ao trabalho. De acordo com a Gerência da AMA Castro Alves, a réu não abriu ficha e não passou em consulta naquela Unidade de Saúde, sendo que o carimbo, a assinatura e a letra constantes dos atestados também não são autênticos. O objeto jurídico do tipo penal é a fé pública, de modo que não há como quantificar a lesão jurídica provocada pelo comportamento delituoso.

A pena de demissão imposta à acusada no âmbito administrativo não impede a responsabilização criminal pelo fato praticado, diante da independência entre as instâncias.

A fração de aumento da continuidade delitiva deve ser pautada, fundamentalmente, pelo número de crimes.

No caso concreto, a apelante praticou 10 infrações penais, estando, portanto, justificada a fração de aumento de dois terços.

Determinada a execução provisória, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Apelação improvida.

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 à apelação interposta por Sandra Vieira Pereira, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de abril de 2017.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por SANDRA VIEIRA PEREIRA contra a sentença proferida às fls. 119/120v, que a condenou pela prática do crime previsto no artigo 304 c/c 301, §1º, ambos do Código Penal.

Narra a denúncia (fls. 23/25):

A denunciada, nos dia 21 de maio, 11, 18, 21 e 24 de junho, 02 e 23 de julho, 10 e 29 de setembro e 11 de outubro, todos no ano de 2012, fez uso de atestados médicos falsos, perante a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, no intuito de justificar sua ausência no emprego público, em um total de mais de 50 dias de trabalho.

Segundo restou apurado, nas datas supracitadas, SANDRA apresentou no CEE Itaquera, unidade em que laborava, atestados médicos supostamente emitidos por profissionais lotados na AMA Castro Alves (fls. 04, 06, 08, 10, 12, 14, 16, 18, 20 e 22 do apenso).

Indagada, a gerência do órgão emissor dos atestados afirmou que Sandra não passou em consulta na AMA Castro Alvez nas datas indicadas nos atestados (fls. 02/22 do apenso). O gerente da unidade asseverou, ainda, que nenhum dos médicos que subscreveram os documentos trabalhou naquela unidade de saúde (fl. 05).

[...] Ante o exposto, o Ministério Público Federal denuncia Sandra Vieira Pereira como incurso nas penas do artigo 304 c/c artigo 301, §1º, ambos do Código Penal, em continuidade delitiva (artigo 71 do CPB) [...].

A denúncia foi recebida em 30/08/2013 (fls. 27/31).

Após regular instrução, sobreveio aos autos a sentença de fls. 119/120v, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia para condenar a acusada Sandra Vieira Pereira como incurso no artigo 304 c/c 301, §1º, ambos do CP, em continuidade delitiva, à pena de 05 (cinco) meses de detenção, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços comunitários, na ordem de uma hora de trabalho por cada dia de condenação, observado o mínimo de 7 (sete) e o máximo de 14 (quatorze) horas semanais, bem como as condições a serem determinadas pelo Juízo da execução.

A sentença foi publicada em 03/12/2015 (fl. 121).

Inconformada, a defesa interpôs apelação criminal, à fl. 123. Em razões recursais, alega (fls. 123v/127v):

I - não ficou comprovado nos autos que a acusada falsificou os atestados médicos, além do que, não há indícios que comprovem que a apelante tinha ciência de que tais atestados eram falsos;

II - por força do princípio da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal, a apelante deve ser absolvida nestes autos, evitando-se, assim, a punição em duplicidade, uma vez que, em razão dos mesmos fatos, a acusada já foi punida na esfera administrativa.

III - o número de infrações cometidas em continuidade delitiva é ínfimo e não enseja a majoração em patamar acima do mínimo.

Requer a absolvição por falta de provas da autoria e do dolo ou pela atipicidade material da conduta. Em caso de manutenção do édito condenatório, pleiteia a redução da fração de aumento referente à continuidade delitiva para o mínimo legal (um sexto).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões, às fls. 129/136, manifestando-se pelo desprovimento do recurso.

Acórdão proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de São Paulo, às fls. 154/156, declinando da competência em favor deste E. Tribunal.

Em 02/02/2017, os autos foram distribuídos à minha relatoria.

Em parecer, a Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento do recurso (fls. 167/169v).

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma do artigo 34, II do Regimento Interno desta Corte.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Sandra Vieira Pereira foi condenada pelo Juízo da 3ª Vara Federal de São Paulo em razão da prática do crime previsto no artigo 304 c/c 301, §1º, ambos do CP, em continuidade delitiva.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, objetivando, em síntese, a absolvição por insuficiência de provas quanto à autoria, por não restar demonstrado o dolo, ou, ainda, pela atipicidade material da conduta. Caso seja mantida a condenação, pleiteia que a causa de aumento referente à continuidade delitiva seja fixada no mínimo legal.

Dos fatos

Sandra Vieira Pereira exercia o cargo de Agente de Correios na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, lotada no Centro de Entregas de Encomendas de Itaquera.

Consta que, no ano de 2012, a acusada fez uso perante a ECT de 10 atestados médicos falsos, supostamente emitidos pela AMA/UBS Castro Alves, para fins de abono de mais de 50 faltas ao trabalho.

Em resposta à consulta encaminhada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a gerência da AMA Castro Alves não confirmou a autenticidade daqueles atestados médicos.

Após regular tramitação do procedimento administrativo, Sandra Vieira Pereira foi demitida por justa causa, com fundamento no art. 482, "a" da CLT, em 29/04/2013.

Da materialidade

A materialidade delitiva está demonstrada através dos atestados médicos (fls. 04, 06, 08, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22) e documentos encaminhados pela Gerência da AMA Castro Alves, atestando que Sandra Vieira Pereira não abriu ficha e não passou em consulta naquela Unidade de Saúde, sendo que o carimbo, a assinatura e a letra constantes dos atestados também não são autênticos (fls. 03, 05, 07, 09, 11, 13, 15, 17, 19, 21).

Os documentos falsos foram emitidos nos dias 21/05/12, 11/06/12, 18/06/12, 21/06/2012, 24/06/2012, 02/07/2012, 23/07/2012, 10/09/2012, 29/09/2012 e 11/10/12 e destinavam-se a justificar a ausências ao trabalho nos dias 21/05/2012, 11/06/2012 a 22/06/2012, 24/06/2012 a 26/06/2012, 02/07/2012 a 06/07/2012, 23/07/2012 a 05/08/2012, 10/09/2012, 29/09/2012 a 17/10/2012.

Da autoria e do dolo

A acusada foi condenada pelo delito de uso de atestado materialmente falso, previsto no artigo 304 c/c 301, § 1º do CP.

A autoria é incontestada, na medida em que a apelante apresentou os atestados médicos falsificados ao seu empregador, com o intuito de abonar as faltas ao trabalho.

A prova testemunhal produzida em juízo confirma a autoria delitiva (mídia à fl. 102).

Irrelevante, pois, a alegação de que Sandra não teria sido a responsável pela falsificação dos documentos, pois, como já dito, não se imputa à ré a conduta de falsificar atestados médicos, mas, sim, de fazer uso de tais papéis.

O dolo também está devidamente demonstrado nos autos, na medida em que ao fazer uso dos atestados materialmente falsos, a ré tinha a intenção de abonar as ausências ao trabalho.

Ressalte-se que a acusada não passou em consulta médica, tampouco abriu ficha na Unidade de Saúde AMA Castro Alves, o que evidencia a ciência quanto à falsidade dos documentos.

Mantenho, portanto, a condenação de Sandra Vieira Pereira pela prática do crime definido no artigo 304 c/c 301, § 1º do CP.

Da inaplicabilidade do princípio da insignificância

O objeto jurídico do tipo penal é a fé pública, de modo que não há como quantificar a lesão jurídica provocada pelo comportamento delituoso.

Trata-se de crime de perigo abstrato, que se consuma com a simples utilização do documento falso, não tendo como pressuposto a ocorrência de prejuízo, na medida em que o risco de dano à fé pública é presumido.

Ademais, a pena de demissão imposta à acusada no âmbito administrativo não impede a responsabilização criminal pelo fato praticado, diante da independência entre as instâncias.

Assim, ante a reprovabilidade da conduta perpetrada pela denunciada, entendo inaplicável o princípio da insignificância.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

Habeas corpus. 2. Crime de falsificação de documento público (art. 311 do CPM). Atestado médico apresentado para justificar ausência ao serviço. 3. Atipicidade da conduta. Falsificação grosseira. Documento que iludiu a pessoa responsável pelo setor de recebimento de dispensas médicas. 4. *Princípio da insignificância*. Não aplicação aos crimes contra a fé pública. *Precedentes do STF*. 5. Ordem denegada. (g.n.)
(STF. HC 117.638, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 11/03/2014, DJe 27/03/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. ABSOLUÇÃO SUMÁRIA. HIPÓTESES AUSENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. TESES DE DEFESA. INSTRUÇÃO DO FEITO. ORDEM DENEGADA. [...] 2. *Incabível discussão acerca da atipicidade material da conduta porque, nos crimes em que se tutela a fé pública, a exemplo dos imputados à paciente, impossível mensurar o dano ao bem protegido pela norma, o que afasta a aplicação do princípio da insignificância*. (...)

(HC 0008483-09.2014.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nino Toldo, Décima Primeira Turma, j. 29/07/2014, e-DJF3 04/08/2014) g.n

PENAL - PROCESSUAL PENAL - USO DE DOCUMENTO FALSO - ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL - INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO - MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - AFASTA-

MENTO DA ALEGAÇÃO DE FALSA IDENTIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA, APENAS ALTERANDO A DESTINAÇÃO DO VALOR DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. - RECURSO DESPROVIDO.

(...) 5- Da suposta aplicação do princípio da insignificância. Afasto a alegação da defesa para aplicabilidade do princípio da insignificância ao delito de falso, tendo em vista que *o bem jurídico tutelado refere-se à fé pública e independe de dano, não sendo possível quantificar o prejuízo suportado pela prática criminosa*. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, já fixou quatro balizas ou nortes a se fiar o julgador para, ao fim, concluir acerca da aplicação ou não do princípio da insignificância ao caso concreto. São elas: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

(...)

(ACR 0000816-65.2002.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, Quinta Turma, j. 16/06/2014, e-DJF3 27/06/2014) g.n

Da dosimetria

Na primeira fase a pena-base foi fixada no mínimo legal e, na segunda etapa, não incidiram circunstâncias agravantes ou atenuantes. Não há causas de diminuição, mas, em razão da continuidade delitiva, a pena foi exasperada em 2/3 (dois terços).

Em seu apelo, a defesa pleiteia que a causa de aumento prevista no artigo 71 do CP seja fixada no mínimo legal. O pedido, contudo, não comporta acolhimento.

A fração de aumento da continuidade delitiva deve ser pautada, fundamentalmente, pelo número de crimes.

Nessa esteira:

HABEAS CORPUS. ART. 217-A C.C. ART. 71 DO CÓDIGO PENAL E ART. 241-B DA LEI Nº 8.069/90. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. *Esta Corte sedimentou o entendimento de que na fixação do quantum de aumento de pena pela continuidade delitiva, o critério fundamental é o número de infrações praticadas*. Na espécie, tendo em vista que a reiteração delitosa perdurou por seis meses do ano de 2010, conforme confissão do próprio paciente, não tendo sido apontado um número exato de infrações, todavia sendo ressaltado pela vítima (enteado do paciente) que ocorreu por reiteradas vezes, não há qualquer impropriedade no incremento em 1/2 (metade), o qual corresponde a quatro infrações. 3. *Habeas corpus* não conhecido. (grifei)

(STJ. HC 201401109899. Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. DJe 29/09/2014)

Na presente hipótese, a apelante praticou 10 infrações penais, estando, portanto, justificada a fração de aumento aplicada pelo magistrado.

Mantenho a pena definitivamente fixada em 5 meses de detenção.

Resta mantida a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.

Da execução provisória

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 reinterpreto 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 à ré, 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 à apelação interposta por Sandra Vieira Pereira.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0001476-17.2015.4.03.6115

(2015.61.15.001476-8)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorridos: CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES E VIRGÍNIA PEREIRA
LOPES MEIRELLES PARTEL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Classe do Processo: RSE 7759

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/04/2017

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DECLARAÇÃO RETIFICADORA. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SÚMULA VINCULANTE Nº 24. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A tipicidade da conduta relativa ao crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 está condicionada ao lançamento definitivo do crédito tributário, o que só ocorre com o exaurimento da fase administrativa, nos termos da Súmula Vinculante nº 24.
2. Assim, antes da conclusão do processo administrativo fiscal e do consequente lançamento definitivo do tributo não há dívida tributária a embasar denúncia, faltando justa causa para a ação penal (CPP, art. 395, III).
3. A apresentação da declaração retificadora, por certo, só pode ter ocorrido antes da constituição definitiva do crédito tributário. Isso é assim, pois se o lançamento já se encontrasse pronto e acabado, nos termos do art. 145 do Código Tributário Nacional, não carecendo de nenhum outro ato para produzir seu efeito constitutivo do crédito fiscal, não poderia ser modificado por simples entrega de declaração pelo contribuinte.
4. Ante a ausência de constituição definitiva do crédito tributário por ocasião da entrega da declaração retificadora pelo contribuinte, não há materialidade delitiva, e, por conseguinte, justa causa para a ação penal.
5. Recurso em sentido estrito desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de março de 2017.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal em face da sentença proferida pela 1ª Vara Federal de São Carlos/SP que, com fundamento no art. 395, III, do Código de Processo Penal, rejeitou a denúncia na qual foi imputada aos recorridos CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES e VIRGÍNIA PEREIRA LOPES MEIRELLES PARTEL a prática do crime capitulado no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990, c.c. o art. 29 do Código Penal.

Narra a denúncia (fls. 98/102):

Consta do incluso inquérito policial que CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES e VIRGÍNIA PEREIRA LOPES MEIRELLES PARTEL, na condição de representantes legais e administradores da pessoa jurídica “CAMARGO ARTES GRÁFICAS LTDA.” (CNPJ nº 59.596.262/0001-03), reduziram R\$ 97.051,36 (noventa e sete mil, cinquenta e um reais e trinta e seis centavos) de Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF, mediante artifício fraudulento consistente em apresentar Declaração Simplificada de Pessoa Jurídica - 2006 (ano-calendário 2005) informando a inatividade da empresa (fl. 85 do apenso I, volume 1) e omitindo, assim, a existência de movimentação financeira do estabelecimento, bem como de contrato mútuo entre a pessoa jurídica e seu sócio-gerente CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES.

Conforme apurado, a pessoa jurídica “CAMARGO ARTES GRÁFICAS LTDA.”, a partir de procedimento fiscalizatório iniciado aos 15/08/2008, fora intimada a apresentar documentos à Autoridade Fazendária, vez que se detectara que, não obstante a empresa tivesse entregue, aos 16/03/2006, Declaração Simplificada de Pessoa Jurídica - 2006 (ano-calendário 2005) como estando inativa, havia recebido, naquele ano-calendário, a importância de R\$ 3.150.000,00 (três milhões, cento e cinquenta mil reais).

Em referida fiscalização, a auditoria constatou, por intermédio de exames dos livros contábeis da empresa (Livros Diário e Razão - fl. 140 do apenso I, volume I), que a pessoa jurídica realizara, aos 13/12/2005, contrato de mútuo com CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES, no valor de R\$ 2.288.030,00 (dois milhões, duzentos e oitenta e oito mil e trinta reais), mas não recolhera o respectivo Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF.

Com efeito, diante da existência de contrato de mútuo entre a pessoa jurídica e o sócio CORIOLANO, empresa teria que recolher o respectivo IOF, com alíquota de 0,0041% ao dia, até o 3º dia da semana subsequente à da ocorrência do fato gerador, que se deu aos 13/12/2005, data da concessão do mútuo (art. 13 da Lei 9.779/99).

Iniciada a ação fiscal, a empresa contribuinte apresentou, aos 06/05/2008, DIRPJ 2006 (ano-calendário 2005) retificadora, na qual efetuou a destempo a inserção do valor de R\$ 2.288.030,00 (dois milhões, duzentos e oitenta e oito mil e trinta reais) em vários campos da Declaração, dentre eles o de lucro e prejuízos acumulados.

A auditoria fiscal, ao final dos trabalhos, lavrou o Auto de Infração e os Demonstrativos de Apuração e Consolidado de Crédito Tributário (fls. 116/23 do apenso I, volume 1), lançando de ofício o crédito tributário de IOF, nos valores abaixo discriminados:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO	VALORES (R\$)
IOF (PRINCIPAL)	34.320,45
JUROS DE MORA	11.250,24
MULTA	51.480,67
TOTAL	97.051,36

Encerrada a ação fiscal, após a utilização, pelos denunciados, dos meios e recursos cabíveis

para impugnação do lançamento fiscal, operou-se a constituição definitiva do crédito tributário (precisamente em 19/03/2013) ao final inscrito em dívida ativa da União (DAU) (fl. 14). De acordo com o contrato social de fls. 55/7 (item “VI - administração da sociedade”), e, especialmente, pelo contrato de mútuo de fls. 49/52, o qual fora assinado por VIRGÍNIA sócio administradora da pessoa jurídica em tela em conjunto com CORIOLANO, não resta dúvida de que ambos praticaram o delito em comento.

Não há notícia de pagamento ou parcelamento do débito em apreço, que, pela última informação da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em São Carlos/SP (fl. 13), alcançava a cifra de R\$ 118.714,42 (cento e dezoito mil, setecentos e catorze reais e quarenta e dois centavos) (fls. 99/102; negritos no original).

O juízo de origem rejeitou a denúncia (fls. 104/104v) sob o fundamento de que não houve dolo na conduta dos ora recorridos, pois a pessoa jurídica *Camargo Artes Gráficas Ltda.* apresentou declaração retificadora, entregue em 06.05.2008, na qual trouxe o mútuo. Assim, a declaração prestada antes do início da ação fiscal e da constituição definitiva do crédito tributo exclui o dolo, ante a inexistência de omissão criminosa.

O Ministério Público Federal sustenta, nas razões recursais juntadas a fls. 108/121, que a análise de todos os elementos permite concluir o contrário, pois a abertura da ação fiscal é que deu ensejo à apresentação de declaração retificadora. Argumenta, então, que essa circunstância revela o dolo na conduta dos denunciados, os quais tanto estavam cientes da fraude fiscal que haviam cometido que, ao tomarem conhecimento da investigação fiscal, corrigiram o primeiro informe apresentado ao Fisco. Acrescenta que não há notícia de pagamento ou de parcelamento do débito em apreço, que, pela última informação da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em São Carlos/SP (fls. 13), alcançava a cifra de R\$ 118.714,42 (cento e dezoito mil setecentos e catorze reais e quarenta e dois centavos).

Contrarrazões a fls. 133/139.

A decisão recorrida foi mantida pelo juízo *a quo* (fls. 140) e a Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do recurso (148/149v).

É o relatório. Dispensada a revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

A discussão travada nos autos cinge-se à correção, ou não, da decisão que, com fundamento no art. 395, III, do Código de Processo Penal, rejeitou a denúncia na qual foi imputada aos ora recorridos CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES e VIRGÍNIA PEREIRA LOPES MEIRELLES PARTEL a prática do crime capitulado no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/1990.

A tipicidade da conduta relativa ao crime contra a ordem tributária supracitado está condicionada ao lançamento definitivo do crédito tributário, o que só ocorre com o esgotamento da fase administrativa, nos termos da Súmula Vinculante nº 24 (“[n]ão se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”). Assim, antes da conclusão do processo administrativo fiscal e do consequente lançamento definitivo do tributo não há dívida tributária a embasar denúncia, faltando justa causa para a ação penal (CPP, art. 395, III). Ressalto, ainda, que a constituição definitiva do crédito tributário não se dá com inscrição do débito em dívida ativa,

mas em momento anterior.

E esse é o caso dos autos, pois o fato gerador do IOF ocorreu em 13.02.2005, data da concessão do mútuo. Ocorre que a empresa apresentou declaração retificadora em 06.05.2008, informando que o valor de R\$ 2.288.030,00 (dois milhões, duzentos e oitenta e oito mil e trinta reais) foi objeto do contrato de mútuo celebrado entre a pessoa jurídica *Camargo Artes Gráficas Ltda.* e CORIOLANO.

A apresentação da declaração retificadora, por certo, só pode ter ocorrido antes da constituição definitiva do crédito tributário. Isso é assim, pois se o lançamento já se encontrasse pronto e acabado, nos termos do art. 145 do Código Tributário Nacional, não carecendo de nenhum outro ato para produzir seu efeito constitutivo do crédito fiscal, não poderia ser modificado por simples entrega de declaração pelo contribuinte.

Ante a ausência de constituição definitiva do crédito tributário por ocasião da entrega da declaração retificadora pelo contribuinte, não há materialidade delitiva, e, por conseguinte, justa causa para a ação penal.

Posto isso, *NEGO PROVIMENTO* ao recurso em sentido estrito.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0008042-34.2015.4.03.6130
(2015.61.30.008042-0)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E PETERSON CORREA
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OSASCO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: ACr 70332
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/05/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. EMENDATIO LIBELLI. SEGUNDO GRAU. ADMISSIBILIDADE. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, ACESSÓRIO OU MUNIÇÃO DE USO PROIBIDO OU RESTRITO (LEI Nº 10.826/03, ART. 16). CRIME DE PERIGO ABSTRATO. MATERIALIDADE. AUTORIA. COMPROVAÇÃO. CRIME ÚNICO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PARCIAL PROVIMENTO DA APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO DO RÉU.

1. A nulidade somente será decretada quando resultar prejuízo para a parte, em conformidade com o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal. No caso, não acolhida a alegação de nulidade haja vista não ter havido *mutatio libelli* em prejuízo do réu, mas apenas *emendatio libelli*.
2. Entende-se que a *emendatio libelli* pode ser aplicada em segundo grau, desde que respeitados os limites do art. 617 do Código de Processo Penal, que proíbe a *reformatio in pejus* (STJ, HC nº 294149, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03.02.15; HC nº 247252, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11.03.14). No mesmo sentido (TRF da 3ª Região, ACr nº 2013.61.06.001782-6, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 23.11.15).
3. Desclassificada a conduta descrita como prática de contrabando ou descaminho para o delito previsto no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03.
4. Consoante jurisprudência dos Tribunais Superiores, o crime previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03 é de mera conduta e de perigo abstrato (STF, HC nº 107.957, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.06.16; STF, RHC nº 128.281, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.08.15; STJ, AgRg no REsp nº 1.500.895, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21.06.16; STJ, AgRg no REsp nº 1.558.432, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.05.16).
5. Materialidade e autoria comprovadas.
6. Fixação da pena-base acima do mínimo legal justificada em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis.
7. Apelação da acusação parcialmente provida.
8. Apelação do réu desprovida.

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, proceder à *emendatio libelli* para atribuir ao fato 1 da denúncia a classificação jurídica prevista no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para condenar o réu pela conduta de manter em depósito estojos de munição (fato 1), sem efeitos sobre a dosimetria, de forma que mantida a condenação do réu às penas de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 40 (quarenta) dias-multa, valor unitário mínimo, por prática do crime do art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, e negar provimento à apelação criminal do réu Peterson Correa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2017.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e por Peterson Correa contra a sentença que:

a) desclassificou o crime de contrabando descrito na denúncia (CP, art. 334-A, § 1º, IV) para prática de descaminho (CP, art. 334, § 1º, III) e absolveu o acusado, com fundamento na atipicidade material do fato (princípio da insignificância);

b) desclassificou o delito de comércio ilegal de arma de fogo descrito pela denúncia (Lei nº 10.826/03, art. 17, *caput* e parágrafo único) para porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (Lei nº 10.826/03, art. 16, *caput*) e, por prática desse crime, condenou o réu às penas de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 40 (quarenta) dias-multa, valor unitário mínimo (fls. 604/618).

O Ministério Público Federal alega o quanto segue:

a) o delito de descaminho é de natureza fiscal, ao passo que o de contrabando tutela outros bens jurídicos, como a saúde pública, a higiene, a moralidade e a segurança pública, o que justifica a restrição à entrada ou a saída de mercadorias absoluta ou relativamente proibidas;

b) não é correta a interpretação de que o art. 334-A do Código Penal (contrabando) refere-se apenas à mercadoria absolutamente proibida;

c) não incide o princípio da insignificância tratando-se de crime de contrabando;

d) os estojos de munição calibre .454 Casull, fabricados pela empresa norte-americana Hornady, são produtos controlados cuja importação depende de licença prévia concedida pelo Exército (Decreto nº 3.665/00, art. 183, *caput*), tratando-se, portanto, de material de importação relativamente proibida;

e) caracterizou-se o crime de contrabando com relação aos estojos de munição de origem norte-americana, impondo-se corrigir a classificação jurídica dada pela sentença e condenar o acusado (fls. 683/698).

O réu Peterson Correa aduz o seguinte:

a) a sentença é nula porque houve *mutatio libelli* sem observância do disposto no art. 384 do Código de Processo Penal, impedindo o exercício da defesa ao condenar o acusado por fato não descrito pela denúncia, o de manter em depósito arma de fogo de uso restrito, sem

propósito comercial (Lei nº 10.826/03, art. 16);

b) o descumprimento de medida cautelar imposta em outro processo não foi circunstância descrita pela denúncia e, portanto, não é fundamento idôneo para a elevação da pena-base;

c) o apelante não cometeu o crime do art. 16 da Lei nº 10.826/03, haja vista que a arma de fogo estava devidamente registrada;

d) a arma de fogo não estava em posse do apelante, mas sim em local adequado, no interior do cofre da Associação Desportiva Tiro Central, que poderia mantê-la desse modo por 90 (noventa) dias após o vencimento do certificado de registro que autorizava seu funcionamento;

e) a Associação Desportiva Tiro Central deixou de solicitar a renovação do certificado de registro porque o faria após a conclusão de reformas no estande de tiros;

f) o fato é impunível por ausência de perigo, mesmo que abstrato;

g) a falta de renovação da autorização para posse de arma de fogo caracteriza somente irregularidade administrativa;

h) o réu faz jus aos benefícios da justiça gratuita (fls. 631/646).

O Ministério Público Federal e o réu apresentaram as contrarrazões (fls. 699/705v. e 715/738).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. João Francisco Bezerra de Carvalho, manifestou-se pelo desprovimento das apelações criminais e pela alteração, mediante *emendatio libelli*, da classificação jurídica do fato descrito como prática de contrabando ou descaminho para o tipo penal do art. 16 da Lei nº 10.826/03, além de requerer a imediata execução da condenação penal (fls. 751/757v.).

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. Peterson Correa foi denunciado por prática dos crimes de contrabando (fato 1) e comércio ilegal de armas de fogo (fato 2), conforme previstos no art. 334-A, § 1º, IV, do Código Penal e no art. 17, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 10.826/03, iniciadas as práticas criminosas em data incerta, com duração até 06.11.15, nas dependências da Associação Desportiva Tiro Central, localizada na Rua Alexandre Baptistone, nº 56, no município de Osasco (SP).

Fato 1. Em 06.11.15, no local acima indicado, Peterson Correa expôs à venda e manteve em depósito, no exercício de atividade comercial, mercadoria proibida pela legislação brasileira, consistente em 100 (cem) estojos de munição da marca Hornady, calibre .454 Casull, fabricados nos Estados Unidos da América, os quais estavam à venda por R\$ 500,00 (quinhentos reais), consoante etiqueta aposta na embalagem que os acondicionava.

A denúncia narra que o fato foi descoberto pelo Delegado da Polícia Federal Kleber Massayoshi Isshiki e pelos Escrivães Rômulo Barcellos de Oliveira e Alberto Yoshiuti Nakahara, durante cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão expedido nos Autos nº 0005408.02.2014.403.6130, obtido diante da suspeita de que se praticava delito relacionado a

armamento na Associação Desportiva Tiro Central e que o denunciado Peterson, ao frequentá-la, descumpria medida cautelar diversa da prisão, consistente na proibição de comparecer ao local.

No momento da diligência, os Policiais Federais encontraram o denunciado Peterson atrás do balcão do estabelecimento. Do outro lado estava o funcionário Marcos Vinícius César dos Santos.

Durante a busca, a Polícia Federal localizou, dentre outros objetos, os estojos de munição da marca Hornady, calibre .454 Casull. A perícia constatou que se tratava de produto fabricado nos Estados Unidos da América e cuja importação dependeria de licença prévia do Exército Brasileiro, consoante o art. 183 e o Anexo 1 do Decreto nº 3.665/00.

Consoante o Certificado de Registro nº 80311, a Associação Desportiva Tiro Central esteve autorizada, até 01.11.15, a realizar as atividades de aquisição e armazenamento de produtos controlados, recarga de munições e uso desportivo. Contudo, vencida a autorização, os objetos apreendidos na Associação estavam em situação de depósito irregular.

O denunciado declarou que ainda não havia sido protocolizado o pedido de renovação do certificado de registro em razão das reformas pendentes no estande. Também disse que estava no local apenas para auxiliar a reforma e, questionado pelo Delegado da Polícia Federal sobre a caixa com os estojos de munição da marca Hornady, disse que não possuía os comprovantes de sua origem.

No tocante aos indícios de autoria delitiva, o depoimento extrajudicial de Marcos Vinícius César dos Santos indicaria a participação ativa do denunciado Peterson na gestão da Associação Desportiva Tiro Central e o depoimento de outro funcionário, Omar Monir Ayub, indicaria que Peterson ainda frequentava a Associação, embora nos autos de outro processo lhe houvesse sido imposta condição de liberdade provisória que proibia seu acesso ao local. Ademais, relatório de missão policial de setembro de 2015 indicara que naquele mês Peterson frequentava a Associação, conduzindo seus negócios. Presentes, portanto, os indícios de que seguia responsável pela Associação, ciente, portanto, do depósito ilegal dos estojos de origem estrangeira.

Assim estaria demonstrado que Peterson Correa manteve irregularmente em depósito, de 02.11.15 a 06.11.15, no exercício de atividade comercial, os estojos de munição da marca Hornady, calibre .454 Casull.

Fato 2. Em 06.11.15, na Associação Desportiva Tiro Central, Peterson Correa mantinha em depósito, no exercício de atividade comercial, as seguintes armas de fogo e munições de uso restrito e permitido, em desacordo com determinação legal e regulamentar:

- a) um revólver marca Rossi, calibre .38 Special, número de série J121219, de uso permitido;
- b) uma pistola da marca Imbel, calibre .40 SW, número de série EBA01851, com dois carregadores, de uso restrito;
- c) uma carabina, marca CBC, fabricada no Brasil, calibre .22LR, número de série ECG143064, com um carregador, de uso permitido;
- d) 83 (oitenta e três) munições calibre .40 S&W (Smith & Wesson), de uso restrito;
- e) 33 (trinta e três) munições calibre .380 auto +P, marca CBC, de uso permitido;
- f) 6 (seis) munições calibre .380 auto NTA, marca CBC, de uso permitido;
- g) 2 (duas) munições calibre .380 Treina, marca CBC, de uso permitido;

- h) 2 (duas) munições sem informações na base de seu estojo;
- i) 1 (uma) munição calibre .380 auto, marca Star Line Brass, de uso permitido.

Consoante acima explicitado, o certificado de registro da Associação Desportiva Tiro Central estava com o prazo de validade expirado. Verificada a relação de armas atinente ao certificado, a Associação esteve autorizada até 01.11.15 a manter os armamentos descritos nos itens “a” e “c”, além de 50.000 (cinquenta mil) munições de uso restrito e permitido. No tocante ao item “b” (pistola da marca Imbel, calibre .40 SW, número de série EBA01851), teria sido doada por Ismael Elias Branco Ossayran à Associação Desportiva Tiro Central, em 01.06.15 (fl. 69), mas não constava da referida relação, de modo que se tratava de arma de fogo de uso restrito mantida em depósito irregular pela Associação.

Todas as munições e armas de fogo foram localizadas durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão expedido nos Autos nº 0005408.02.2014.403.6130. A denúncia indica como indícios de autoria delitiva os depoimentos extrajudiciais de Marcos Vinícius César dos Santos e de Omar Monir Ayub, além do relatório de missão policial de setembro de 2015 (fls. 140/142), dos quais se extrairia que o denunciado Peterson Correa era o responsável pela Associação Desportiva Tiro Central e estava ciente de que tinha em depósito, no exercício de atividade comercial, armas de fogo e munições de uso restrito e permitido, em desacordo com determinação legal e regulamentar (fls. 183/202).

Sentença. O réu foi julgado da seguinte maneira com relação a cada fato que lhe foi imputado.

Com relação ao fato 1, o Juízo *a quo* considerou que os estojos de munição não seriam mercadoria proibida, pois que sua importação dependeria apenas de licença prévia, consoante o art. 183 do Decreto nº 3.665/00. Portanto, seu ingresso no País teria sido irregular, tratando-se de prática do crime de descaminho previsto no art. 334, § 1º, III, do Código Penal. Diante do valor aparente da mercadoria (R\$ 500,00), por estimativa inferiu que os tributos devidos não ultrapassariam a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), de modo que fez incidir o princípio da insignificância.

Com relação ao fato 2, o Juízo *a quo* considerou não ter sido comprovado o exercício de atividade comercial e desclassificou para porte ilegal de arma de fogo de uso restrito o depósito irregular da pistola Imbel, calibre .40 SW, número de série EBA0185, de que resultou a condenação do réu por prática do crime previsto no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03. Ressaltou que fora ultrapassado prazo razoável para que a Associação Desportiva regularizasse a situação do armamento, que teria sido doado por Ismael Elias Branco Ossayran em 01.06.15, consoante termo à fl. 69.

Quanto às armas de fogo restantes (revólver Rossi e carabina CBC), bem como as demais munições apreendidas, o Juízo *a quo* absolveu o acusado considerando o disposto na Portaria nº 51/15 do Comando Logístico do Exército - COLOG, e informes do Exército Brasileiro no sentido de que, expirado o certificado de registro, a pessoa jurídica dispunha de 90 (noventa) dias para destinar suas armas e munições, prazo esse que, na ocasião, não havia sido extrapolado (fls. 604/618).

Emendatio libelli. Segundo grau. Admissibilidade. Entende-se que a *emendatio libelli* pode ser aplicada em segundo grau, desde que respeitados os limites do art. 617 do Código de Processo Penal, que proíbe a *reformatio in pejus* (STJ, HC nº 294149, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03.02.15; HC nº 247252, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11.03.14). No mesmo sentido (TRF da 3ª Região, ACr nº 2013.61.06.001782-6, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 23.11.15).

Do caso dos autos. O Ministério Público Federal recorreu contra a absolvição do acusado por manter em depósito 100 (cem) estojos de munição estrangeiros da marca Hornady, calibre .454 Casull, fato tipificado pela sentença como prática de descaminho (CP, art. 334, § 1º, III). A acusação aduz que se trata de crime de contrabando e requer seja a sentença reformada para a condenação do réu.

No tocante a esse pedido, a Procuradoria Regional da República manifestou entendimento contrário ao da sentença e ao das razões recursais da acusação, alegando que, com relação aos estojos de munição, teria ocorrido o crime previsto no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03:

Pelo auto de prisão em flagrante (fls. 2/14), auto de apreensão (fls. 32/38) e laudo de perícia criminal federal (fls. 116/121), não restam dúvidas que os estojos de munição da marca Hornady estavam depositados no cofre da Associação Desportiva Tiro Central sem a devida documentação de internação.

No entanto, em respeito ao princípio da especialidade, necessário alterar a capitulação jurídica dos fatos para o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, vez que a munição de uso restrito foi mantida em depósito em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Para a internação de armas de fogo e de munições o Decreto nº 3.665/00, em seu artigo 183, estabelece a imprescindibilidade de obter a licença prévia do Exército, *in verbis*:

“Art. 183. As importações de produtos controlados *estão sujeitas à licença prévia do Exército, após julgar sua conveniência*”.

Desta inteligência, a manutenção em depósito da munição da marca Hornady, apreendida na Associação Desportiva Tiro Central, somente seria regular se comprovada a sua internação em conformidade com as leis e os regulamentos, o que não ocorreu, tendo em vista que PETERSON CORREA não apresentou os documentos de internação.

A irregularidade, inclusive, é reforçada com o interrogatório judicial do apelado, que afirmou não possuir as notas fiscais dos cartuchos da marca Hornady (mídia a fl. 562).

Desta forma, a conduta de ter em depósito munições de origem estrangeira desacompanhadas dos documentos fiscais é tipificada no crime previsto no artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03. Ressalta-se, neste ponto, que inexistem provas ou indícios de que PETERSON CORREA fora o responsável pela internação dessa mercadoria estrangeira, de forma a afastar o tipo penal do artigo 18 da Lei nº 10.826/03. (fl. 754, destaques originais)

Assiste-lhe razão.

Está descrito pela denúncia que o réu mantinha em depósito 100 (cem) estojos de munição de uso restrito, produto controlado pelo Exército, conforme explicitado à fl. 185, cuja importação dependia de licença prévia, sendo que o acusado afirmara não possuir o comprovante da origem desses objetos (fl. 186).

À míngua de demonstração da regular aquisição dos 100 (cem) estojos de munição da marca Hornady, calibre .454, Casull, fabricados nos Estados Unidos da América, circunstância devidamente descrita pela denúncia, está-se diante de depósito de acessório de arma de fogo em desacordo com determinação regulamentar, que rende ensejo à classificação jurídica prevista no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

Diante disso, procedo à *emendatio libelli* para classificar o fato 1 da denúncia como prática do crime do art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

Decretação de nulidade. Necessidade de comprovar o prejuízo sofrido. A nulidade somente será decretada quando resultar prejuízo para a parte, em conformidade com o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Do caso dos autos. A defesa aduz a nulidade da sentença haja vista que, com relação à pistola da marca Imbel, calibre .40 SW, número de série EBA01851, teria sido realizada indevida *mutatio libelli* ao se modificar a classificação jurídica inicial (Lei nº 10.826/03, art. 17) para prática do crime do art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

Não lhe assiste razão.

Transcrevo o seguinte trecho da denúncia, de que consta a menção à pistola da marca Imbel, calibre .40 SW, número de série EBA01851:

Consta dos autos que, o denunciado PETERSON CORREA, de maneira livre e consciente, com início em período incerto, mas com certeza até 06 de novembro de 2015, tinha em depósito, no exercício de atividade comercial realizada na Associação Desportiva Tiro Central, armas de fogo e munições de uso restrito e permitido, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo se apurou, o denunciado PETERSON, com início em data incerta, mas com certeza até 06 de novembro de 2015, tinha em depósito, na Associação Desportiva Tiro Central, localizada na Rua Alexandre Baptista, nº 56, bairro Km 18, no município de Osasco/SP, as seguintes armas em desacordo com a regulamentação legal e regulamentar:

<i>Quantidade</i>	<i>Arma</i>	<i>Produto Controlado</i>	<i>Tipo de uso</i>	<i>Laudo</i>
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
1	Pistola, marca Imbel, calibre .40 SW, número de série EBA01851, com dois carregadores	SIM	<i>Restrito</i> , conforme artigo 16, inciso III, do Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000.	f. 135/140.

(fls. 190/191, destaques originais)

Da leitura desse trecho extrai-se que a acusação descreveu o depósito de arma de fogo de uso restrito em desacordo com determinação legal ou regulamentar, que são as elementares do art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

A sentença, ao considerar não demonstrado o exercício de atividade comercial, procedeu ao ajuste da classificação jurídica consoante as elementares restantes, que caracterizam a conduta do tipo penal do art. 16 da Lei nº 10.826/03, porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, que é inclusive menos grave do que aquela prevista no art. 17 da Lei nº 10.826/03.

Assim, satisfatoriamente descritas pela denúncia as circunstâncias fáticas de que resultaram a *emendatio libelli* e, por conseguinte, a condenação do acusado, não se verifica prejuízo ao exercício de sua defesa.

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido ou restrito (Lei nº 10.826/03, art. 16). Crime de mera conduta e perigo abstrato. Consoante jurisprudência dos Tribunais Superiores

riores, o crime previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03 é de mera conduta e de perigo abstrato:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CF, ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI 10.826/2003. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA OU PERIGO ABSTRATO. TUTELA DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA PAZ SOCIAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO PREVISTO NO ART. 14 DA LEI 10.826/2003. IMPOSSIBILIDADE. (...) ORDEM EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. A arma de fogo mercê de desmuniada mas portada sem autorização, em desacordo com determinação legal ou regulamentar e com numeração suprimida configura o delito previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, pois o crime é de mera conduta e de perigo abstrato. 2. O delito de porte ilegal de arma de fogo tutela a segurança pública e a paz social, e não a incolumidade física, sendo irrelevante o fato de o armamento estar municiado ou não. Tanto é assim que a lei tipifica até mesmo o porte da munição, isoladamente. Precedentes: HC 104206/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 26/8/2010; HC 96072/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 8/4/2010; RHC 91553/DF, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJe de 20/8/2009. 3. (...). 7. Ordem de *habeas corpus* extinta por inadequação da via eleita. (STF, HC nº 107.957, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.06.16)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. POSSE DE ACESSÓRIO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 16 DA LEI 10.826/2003. BUSCA E APREENSÃO. ILICITUDE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE DELITO. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. IRRELEVÂNCIA DA POTENCIALIDADE LESIVA DO ARTEFATO. DESCRIMINALIZAÇÃO TEMPORÁRIA PREVISTA NOS ARTIGOS 30 E 32 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO CONFERIDO PELAS LEIS 11.706/2008 E 11.922/2009. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. (...) 3. A posse de arma de fogo de uso restrito, de seus acessórios ou de munições constitui crime de mera conduta e de perigo abstrato cujo objeto jurídico tutelado compreende a segurança coletiva e a incolumidade pública. 4. Presente laudo especificando o modelo do silenciador de uso restrito, desnecessária a realização de perícia a comprovar a potencialidade lesiva do acessório para configuração do delito. 5. (...). 6. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STF, RHC nº 128.281, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.08.15)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. ART. 16 DA LEI Nº 10.826/03. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. O crime de posse ilegal de munição ou acessório de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei nº 10.826/03, é de perigo abstrato ou de mera conduta e visa proteger a segurança pública e paz social. Sendo assim, é irrelevante a quantidade de munição apreendida (precedentes). Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp nº 1.500.895, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21.06.16)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. LESÃO À SEGURANÇA PÚBLICA E À PAZ COLETIVA. REANÁLISE DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. No delito de posse ilegal de munição de uso restrito, o exame dos critérios utilizados para o reconhecimento da materialidade delitiva prescinde do revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, pois os crimes de perigo abstrato dispensam a comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação.
2. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico.
3. O simples fato de possuir ilegalmente munição de uso restrito caracteriza a conduta descrita no artigo 16 da Lei 10.826/2003, por se tratar de crime de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva, sendo inaplicável, ainda, o princípio da insignificância. Precedentes.
4. Agravo regimental desprovido.
(STJ, AgRg no REsp nº 1.558.432, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.05.16)

Do caso dos autos. Consoante o entendimento acima explicitado, é crime de perigo abstrato a prática de manter em depósito arma de fogo de uso restrito e acessórios em desacordo com determinação regulamentar, prescindível, no caso, a demonstração do risco concreto decorrente do porte ilegal da pistola Imbel calibre .40 SW de uso restrito e dos estojos de munição calibre .454.

Materialidade. Está satisfatoriamente comprovada a materialidade do crime de porte ilegal de arma de fogo e de acessórios de uso restrito (Lei nº 10.826/03, art. 16, *caput*) diante dos seguintes elementos de convicção:

- a) auto circunstanciado de busca e apreensão (fls. 25/31);
- b) auto de apreensão de 100 (cem) estojos calibre .454 Casull Hornady (fls. 32/34);
- c) laudo pericial com a descrição dos 100 (cem) estojos de munição, calibre .454 Casull, fabricados nos Estados Unidos da América pela empresa Hornady MFG. CO, lote nº 4110425, novos, aptos a serem utilizados na montagem de munições, material de uso restrito (fls. 116/121).
- d) auto de apreensão da pistola Imbel calibre .40 SW, número de série EBA01851, com 2 (dois) carregadores (fls. 32/34);
- e) laudo pericial da pistola Imbel calibre .40 SW, com a conclusão de que se trata de armamento de uso restrito e estava apta a realizar disparos (fl. 135/140).

Autoria. Está satisfatoriamente demonstrada a autoria delitiva.

O mandado de busca e apreensão de cujo cumprimento resultou a localização dos objetos ilícitos e a prisão em flagrante do réu fora expedido para verificar se nas dependências da Associação Desportiva Tiro Central havia armas de fogo e munições de uso não autorizado, bem como investigar se o acusado descumpria medida cautelar que lhe havia sido imposta nos Autos nº 0005408.02.2014.403.6130, consistente em proibição de frequentar qualquer ambiente ou atividade relacionada ao manuseio de armamento e seus insumos (fls. 24 e 18).

Romulo Barcellos de Oliveira, Escrivão da Polícia Federal, afirmou em Juízo que participou do cumprimento da ordem de busca e apreensão. Quando chegou ao local dos fatos, lá se encontravam o réu e outro indivíduo, cujo nome não recordava. Verificaram as armas de fogo, conferindo os números de série e as notas fiscais apresentadas. Separaram duas caixas, uma com numeração de controle raspada, a qual continha munições, e outra contendo cartuchos importados cuja origem o acusado não soube esclarecer, afirmando que pertenciam a um ter-

ceiro que os havia deixado no estande. Era visível que o estande passava por reformas. O réu argumentava que um indivíduo chamado Ismael conspirava contra ele. A maioria das armas de fogo estava registrada, mas o Delegado procedeu à sua apreensão porque o estande estava com a autorização de funcionamento vencida. A diligência fora motivada por suspeita de que o acusado descumpria condições impostas pelo Juízo. O réu justificou-se dizendo que não frequentava o local, que se tratava de uma coincidência estar ali naquele instante, quando apenas cuidava de detalhes da reforma. Não se recordava se havia placa na porta informando sobre as reformas. Não havia clientes no estande e não presenciou a abertura do cofre de armas. No local havia um balcão com acessórios. Acreditava que as armas estivessem guardadas dentro do cofre e não se recordava onde haviam sido localizadas as munições (mídia eletrônica à fl. 480).

Alberto Yoshiuti Nakahara, Escrivão da Polícia Federal, narrou em Juízo que chegaram ao local dos fatos por volta de 10h, tocaram a campainha e subiram as escadarias de acesso ao andar superior do imóvel, onde situado o balcão da loja e o estande para a prática de tiros. O réu estava atrás do balcão e dois funcionários o acompanhavam. O estande estava aparentemente em reformas, as obras impediam acessá-lo. As armas de fogo que localizaram estavam uma na cintura do réu e as demais no cofre, que estava aberto. Não se recordava quem teria aberto o cofre, nem da justificativa do réu para estar no local. Havia munição importada em uma caixa vermelha contendo preço, R\$ 500,00 (quinhentos reais), além de uma caixa de munição .40 da marca CBC com identificação raspada. O réu não apresentou documento fiscal dos cartuchos importados, nem soube justificar a presença desses objetos. Dos diálogos durante o cumprimento da medida ficou claro que Peterson era o dono da loja e organizava o clube de tiro. Parecia que era ele o dono, comandando as atividades e a comercialização de armas, e “não os dois garotos que estavam lá” em sua companhia. Em razão das reformas, não havia pessoas atirando no local. A venda de acessórios e equipamentos, porém, parecia funcionar normalmente. Não lembrava se havia alguma placa na entrada, nem onde estava a caixa de munições, se no cofre ou no balcão. O réu tinha consigo uma pistola calibre .380 (mídia eletrônica à fl. 480).

Kleber Massayoshi Isshiki, Delegado da Polícia Federal, declarou em Juízo que o motivo da busca era verificar se o réu cumpria as condições de sua liberdade provisória e eventual apreensão de objetos ilícitos. Chegaram ao local por volta de 10h30, tratava-se de um estabelecimento que ficava na sobreloja do imóvel. Subiram a escadaria, havia uma porta intermediária fechada. Tocaram a campainha. Subiu o restante das escadas e visualizou o réu atrás do balcão de vidro. À frente dele estava um funcionário identificado como Marcos Vinicius. Ao lado do acusado estava a porta do cofre de armas, aberta. Manifestou as razões de sua presença e as buscas foram iniciadas. Dentro do cofre havia diversas armas de fogo, com o acusado havia uma arma municiada e, em outro ambiente, havia uma oficina de recarga de munições e material relacionado, muitas cápsulas vazias para recarga, pólvora e espoletas. O estande aparentemente estava em reforma. Também havia um pequeno escritório em que localizaram o que pareciam pedidos dos clientes frequentadores do estande. Havia armas de fogo pessoais do réu, do filho dele e da loja. Havia também munições de calibre .40 em uma caixa da marca CBC com número de série raspado e mais um outro tanto de munições novas do mesmo calibre. Segundo o réu, essas munições pertenciam a Policiais Civis frequentadores do clube, porém não soube identificá-los. Outro material que chamou a atenção do depoente foi a caixa de estojos de munição importados, calibre .454. Eram novos e continham uma etiqueta com preço. Não lembrava se tais estojos estavam dentro do cofre ou expostos no balcão, onde havia acessórios. O réu informou que a caixa contendo esses estojos havia sido deixada por seu ex-

sócio, um Capitão do Exército. As munições não estavam expostas, estavam dentro do cofre. Foram apreendidas apenas as armas pertencentes ao clube, porque vencido seu certificado de registro perante o Exército, sem notícia de pedido de renovação. Essas armas estavam todas dentro do cofre. Durante a diligência chegaram ao local mais um funcionário, a esposa do réu, que se identificou como presidente do clube, e o irmão do acusado. Encerradas as buscas, foram todos encaminhados à Delegacia. O depoente destacou trechos dos depoimentos extrajudiciais de Marcos e do outro funcionário, os quais indicariam que o réu ainda frequentava o local. Antes da busca e apreensão, fora expedida uma ordem de missão. O Agente que cumpriu essa ordem informou ter comparecido à Associação Desportiva, onde foi recepcionado por um rapaz e uma moça. Esse Agente indagou-lhes sobre o réu e eles responderam que o acusado havia saído para resolver algo, mas logo voltaria (mídia eletrônica à fl. 488).

Vinicius de Moura Secundo, Agente da Polícia Federal, afirmou em Juízo que auxiliara no início das investigações, sem participar, porém, do cumprimento do mandado de busca e apreensão (mídia eletrônica à fl. 480).

Omar Monir Ayub declarou em Juízo que era funcionário da Associação Desportiva Tiro Central, onde trabalhava como recepcionista desde 2014. Os Policiais Federais já estavam no local quando chegou à Associação. O clube estava fechado havia algum tempo, desde que expirada a validade do certificado de registro. Deste então, faziam serviços para melhorar a acústica do estande. A loja não estava em reformas, mas também estava fechada. O réu não frequentava mais o local desde sua prisão e, na data dos fatos, estava ali apenas ajudando a instalar a proteção acústica do clube, revestindo as paredes com espuma. Precisavam dessa ajuda, pois o clube dispunha de poucos recursos financeiros. Iriam finalizar a reforma antes de solicitarem a liberação para a retomada dos trabalhos. As armas de fogo e os documentos estavam no cofre, o qual não sabia quem tinha aberto. Quando começou a trabalhar na Associação, a caixa de estojos Hornaday já estava guardada no cofre, disseram-lhe que pertencia ao Capitão Ismael. Faziam recarga de munição no local e, para que não houvesse confusão com produtos novos, raspavam a numeração da caixa contendo munições recarregadas. Todas as armas de fogo estavam com a documentação em dia e a pistola calibre .40 fora doada pelo Capitão Ismael, estavam regularizando a transferência dessa arma. Não conheceu Ismael, que não frequentava mais o clube. Quem cuidava da loja e do clube eram a esposa do réu e o irmão do depoente, Marcos Vinicius. Na entrada havia placas informando que estavam fechados para reforma por tempo indeterminado. Ninguém podia entrar no clube. Nos dias em que o réu não estava no local, o depoente e o irmão coordenavam a reforma (mídia eletrônica à fl. 480).

Marcos Vinicius Cesar dos Santos, genro do réu e irmão da testemunha Omar, declarou em Juízo que trabalhara na Associação Tiro Central até novembro de 2015, recarregando munições. A Associação funcionou até 01.11.15, quando venceu o certificado de registro que permitia seu funcionamento. Depois disso, o clube ficou fechado ao público enquanto providenciavam reformas para adequação do local às demandas de órgãos públicos. Depois que fecharam, o réu foi ao clube algumas vezes com o propósito de auxiliar na reforma, estavam sem dinheiro para pagar a mão de obra e por isso ele ajudou. Antes de o certificado vencer, o réu costumava deixar a esposa no local, mas jamais subia ao estande. As armas de fogo encontradas pelos Policiais estavam dentro do cofre trancado. Foram os Policiais que solicitaram a abertura do cofre. Abriu o cofre, onde guardadas as armas do clube, para que o Delegado o inspecionasse. O Delegado solicitou que o acusado fosse para trás do balcão. Soube que os cartuchos Hornady haviam sido trazidos pelo Capitão Ismael quando iniciadas as atividades do clube, por volta de 2013. Pediu para vê-los na época, porque eram bem diferentes e nunca

havia visto daquela espécie, ao que Ismael respondeu que não deveria mexer neles, pois não estavam à venda, e os guardou no cofre. Não soube esclarecer o motivo de haver etiqueta de preço na caixa. Havia uma caixa de munições que estava com a numeração raspada, o que foi feito apenas para indicar que eram recarregadas, evitando confusão com munição original. Quem coordenava a reforma do estande era um amigo chamado Gabriel. Questionado sobre divergências em relação ao seu depoimento na fase investigativa, afirmou que não teve tempo para ler antes de assinar. Tentou, na ocasião, esclarecer que os estojos já haviam sido apreendidos em outra ocasião, quando realizada a operação Magnum, e depois restituídos. Havia deixado uma placa na entrada do clube, informando sobre o fechamento. Afirmou que não seria permitido ao acusado abrir o cofre, pois ele não poderia sequer estar presente no clube. A presidente, Angela, tinha as chaves (mídia eletrônica à fl. 480).

Raquel Borges Maia, ex-funcionária da Associação Desportiva Tiro Central, afirmou em Juízo que trabalhara no local como auxiliar administrativa até meados de setembro de 2015 e depois não o frequentou mais. Trabalhava no período da tarde e não sabia quem ingressava ou deixava o local. Permanecia fora a maior parte do tempo, cuidando de serviços externos. Acreditava que o estande estivesse fechado após o vencimento do certificado de registro, que não haviam conseguido renovar no prazo. O réu levava a esposa, Angela, até a porta do clube, mas não subia. As armas de fogo ficavam no cofre. As munições e as armas não ficavam expostas. A loja vendia produtos de limpeza da arma, óleos, coldre, nunca viu nada além disso. Não havia placas com preços ou valor de armas. O cofre era aberto conforme solicitação dos clientes do estande. Não havia comercialização de armas. Os associados utilizavam as armas do clube (mídia eletrônica à fl. 480).

Ismael Elias Branco Ossayran foi ouvido em Juízo e negou que a caixa de estojos da marca Hornady fosse sua ou que a houvesse deixado na Associação Desportiva Clube Central, que havia fundado com o réu. Fazia anos que não ia ao local, pois deixara de frequentá-lo em março ou abril de 2013, quando se desligou definitivamente. Deixou o termo de doação de duas armas de fogo, as quais não deveriam sair do estande. Questionado acerca da pistola da marca Imbel, afirmou que a arma fora doada à Associação ainda em 2013, mas que aceitara assinar outro termo, em junho de 2015, para realizar a transferência. Não sabia dizer se a situação dela estava regularizada (mídia eletrônica à fl. 480).

Angela Maria da Costa, esposa do réu ouvida como informante, afirmou em Juízo que o certificado de registro da Associação vencera em 01.11.15. Relatou dificuldades para adequar-se às exigências do Exército e da Polícia Civil. Sinalizaram na entrada que o clube estava fechado, conforme orientação da Polícia Civil, e seguiram em busca de cumprir os requisitos para renovação do certificado. Era comum que as armas permanecessem dentro do cofre depois de expirado o prazo de autorização porque ali era o local de acervo delas. Depois que encerraram as atividades, só Marcos Vinicius e Omar frequentavam o local, para executar as reformas. O réu estivera no local em uma única data específica, apenas para auxiliá-los a subir uma chapa de ferro. No dia em que Policiais Federais realizaram a busca, o réu estava no local para ajudar a instalar a proteção acústica e para buscar documentação que levaria à Justiça Federal. O réu era armeiro desde que se conheceram, fazia mais de 20 (vinte) anos, sem envolvimento criminais. A depoente assumira a presidência da Associação depois que o acusado foi proibido pela Justiça de exercer qualquer atividade a ele relacionada. Não estava no local quando chegaram os Policiais Federais. Recordava-se da caixa contendo estojos de munição, que já estava ali havia muito tempo e fora apreendida e devolvida em outras ocasiões. Essa caixa estava no local desde o começo de 2014 e pertencia a Ismael (mídia eletrônica à fl. 562).

Robson Cardoso dos Santos, popular convidado por Policiais para testemunhar a busca, foi arrolado como testemunha do Juízo e declarou que subira ao estande cerca de 5 (cinco) depois do Delegado Federal. Viu os Policiais e o réu, próximos. Não viu o cofre, nem se havia munição em cima da bancada. Viu as armas de fogo, mais de 5 (cinco), com os Policiais. Não foi a outro ambiente, ficaram apenas naquele local. Trabalhava em uma borracharia ao lado. O pátio da borracharia era aberto. Via o réu chegar, deixar a esposa e ir embora, às vezes tomavam café na borracharia (mídia eletrônica à fl. 562).

Josemar Vieira, ouvido como testemunha do Juízo, também fora convidado por Policiais para testemunhar o cumprimento da ordem de busca. Afirmou que ingressou no local cerca de 5 (cinco) minutos depois da testemunha Robson (mídia eletrônica à fl. 562).

Na fase investigativa, o réu Peterson Correa declarou que fora à Associação Desportiva Tiro Central para levar material destinado à reforma do estande e buscar uma pasta, guardada dentro do cofre de armas, em que armazenava os termos de comparecimento periódico à Justiça Federal. Estava em companhia do funcionário Marcos Vinícius Cesar dos Santos quando chegaram os Policiais Federais. A porta do cofre fora aberta por Marcos. Não possuía a chave do cofre ou do estabelecimento. Costumava deixar a esposa na Associação, mas jamais entrava. A caixa com os estojos de munição calibre .454 Casull, Hornady, haviam sido deixadas no local pelo Capitão do Exército Ismael Elias Branco Ossayran, que queria vender tal produto na Associação, com o que não concordava. Não sabia que os estojos continuavam guardados na Associação, mesmo porque não frequentava mais o local. Afirmou que as notas contendo pedidos eram de movimentações da Associação até outubro de 2015, quando ainda estava válido o certificado de registro, e não preencheria nenhuma delas (fls. 9/11).

Em Juízo, o acusado afirmou que os estojos de munição da marca Hornady haviam sido deixados na Associação Desportiva Tiro Central por Ismael Ossayran, seu antigo sócio. Com a saída dele, cerca de 3 (três) ou 4 (quatro) anos antes, o material foi esquecido e não poderia descartá-lo ou retirá-lo do local. Não havia nota fiscal desses cartuchos, os quais não sabia se eram usados ou não. Os cartuchos já haviam sido apreendidos pela Corregedoria da Polícia Civil e pelo GAECO, mas devolvidos. Quando realizada a busca durante a operação Magnum 500, os Policiais Federais viram esses cartuchos, mas os deixaram no cofre, sem apreendê-los. Estava ciente de que descumpria condição de sua liberdade provisória ao comparecer à Associação, mas estava no local somente para tratar do material da reforma do estande. Havia estado ali anteriormente para auxiliar o carregamento de chapas de aço e blocos de cimento, pois não tinham mais ninguém para fazê-lo. Na data dos fatos, estava na Associação para buscar uma pasta com documentos e já descia as escadas quando chegaram os Policiais Federais. O certificado de registro da Associação estava vencido, porém as armas permaneciam guardadas no acervo conforme determinação do Exército. As armas de fogo apreendidas pertenciam à Associação, sendo que a pistola Imbel fora doada em 2015 por Ismael e sua transferência não havia sido efetivada porque o procedimento era demorado e a taxa elevada, não dispunham dos recursos à época (mídia eletrônica à fl. 562).

Consoante a ata de assembleia geral extraordinária de 20.08.15, a Associação Desportiva Tiro Central era à época dos fatos presidida pela esposa do réu, Angela Maria da Costa (fls. 324/325).

Analisados os autos, entretanto, não é crível que o acusado tenha se desligado da administração da Associação e permanecido alheio à sua gestão após a determinação judicial que o impedia de frequentá-la, havendo prova suficiente em sentido contrário.

Restou satisfatoriamente demonstrado que o réu desobedeceu à condição imposta para sua liberdade provisória nos Autos nº 0005408.02.2014.403.6130 e prosseguia frequentando as dependências da Associação. É o que se extrai, por exemplo, do seguinte trecho do relatório de missão policial de 09.09.15:

Prosseguindo com a diligência, fomos à ASSOCIAÇÃO DESPORTIVA TIRO CENTRAL, situada à Rua Alexandre Baptistine, 56, Osasco/SP, a menos de 50 metros do primeiro local investigado, do outro lado da rua. A associação está em funcionamento e dispõe de estande de tiro, loja, oficina e setor administrativo. Interpelamos um funcionário do setor administrativo que não conseguimos identificar acerca do sr. PETERSON CORREA. Este funcionário não identificado era de cor parda clara, cerca de 1,70m, 30 anos, de cabelo e barba pretos. O funcionário nos disse que o sr. PETERSON CORREA havia acabado de sair, que tinha ido ao “Poupa Tempo”, mas que acreditava que ele retornaria logo. Dissemos que precisávamos consertar uma arma e se havia algum armeiro disponível para fazer este serviço, no que este funcionário não identificado afirmou que o único armeiro disponível na associação era o sr. PETERSON CORREA. Perguntamos então se ele iria demorar, no que o funcionário não identificado se dirigiu a uma senhora de nome RAQUEL, perguntando sobre o horário de retorno de PETERSON. Esta chamou o funcionário para o interior de uma sala, onde ficaram trancados por cerca de um minuto. Ao sair da sala, o funcionário não identificado descrito, já visivelmente nervoso, se dirigiu a nós informando que PETERSON não estava ficando dentro da associação porque estava com uns problemas de documentação e só estava fazendo serviço administrativo no prédio do outro lado da rua (fl. 381, destaques originais)

Ademais, o réu estava no local dos fatos no momento da chegada dos Policiais Federais, e não apenas para prestar auxílio material como alegou, haja vista que coordenava a reforma do estande, consoante os depoimentos extrajudiciais dos funcionários Omar e Marcos Vinicius às fls. 12/14 (em Juízo ambos retrataram-se: Omar disse que ele e o irmão tocavam a reforma, ao passo que Marcos informou que a obra era organizada por um amigo chamado Gabriel).

São essas as circunstâncias que ensejam a conclusão de que o réu era administrador de fato da Associação Desportiva Tiro Central e, por conseguinte, o autor da conduta prevista no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, haja vista a localização da pistola da marca Imbel e dos estojos de munição da marca Hornady nas dependências da Associação, ambos em situação irregular, do que o réu estava ciente.

A arma de fogo, consoante o termo à fl. 69 e os depoimentos colhidos em Juízo, fora doada à Associação Desportiva Tiro Central por Ismael Elias Branco Ossayran em 01.06.15, ou seja, 5 (cinco) meses antes de sua apreensão em poder do réu. A justificativa do acusado, no sentido de que não transferira o registro por falta de condições financeiras, não restou comprovada e não teria o condão de descaracterizar a prática criminosa, haja vista o decurso de tempo razoável para que houvessem sido adotadas medidas adequadas para regularizar a posse do armamento, inclusive enquanto o réu ainda integrava formalmente a administração da Associação. Em razão disso, não há falar que havia autorização para que a arma de fogo permanecesse guardada junto ao acervo.

Ademais, o acusado não comprovou a regular aquisição dos estojos de munição da marca Hornady, calibre .454 Casull, fabricados nos Estados Unidos da América, produto controlado cuja importação dependeria de licença do Exército Brasileiro, de forma que o depósito desse material sem demonstração de sua obtenção lícita mostrou-se em desconformidade com as normas regulamentares (Decreto nº 3.665/00, arts. 9º e 183, III; Decreto nº 5.123/04, art. 51).

Anoto que a renovação do certificado de registro de funcionamento da Associação Desportiva Tiro Central (fl. 739) não afasta a ilicitude dos fatos acima explicitados.

Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, impõe-se a manutenção da condenação do réu por porte ilegal da pistola Imbel .40 SW (Lei nº 10.826/03, art. 16) e a reforma da sentença absolutória para condená-lo por prática do mesmo crime em relação aos estojos de munição estrangeiros. Considerando que os objetos ilícitos foram apreendidos no mesmo contexto fático, houve prática de crime único, impondo-se apenas rever a dosimetria da pena para verificar seu ajuste à gravidade da conduta de manter em depósito a arma de fogo e os estojos de munição.

Passo à análise da dosimetria.

Dosimetria. Porte de arma de fogo de uso restrito. Na primeira fase, o Juízo *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, considerando a culpabilidade como circunstância judicial desfavorável, em razão de o acusado ter praticado o delito em detrimento de determinação judicial consistente em medida alternativa à prisão.

Sem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, incidiu a causa de aumento do art. 20, *caput*, da Lei nº 10.826/03 e a pena foi majorada em 1/2 (metade), passando a 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, resultado definitivo.

Fixado o regime inicial semiaberto, com base no art. 33, *caput*, e § 1º, *b*, do Código Penal.

Aplicada a pena de 40 (quarenta) dias-multa, decorrente do valor mínimo de 10 (dez) acrescido de 30 (trinta) dias-multa em razão da presença de uma circunstância judicial desfavorável, fixado o valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Não houve substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O réu apela para que seja reduzida a pena-base, considerando inadequada sua elevação com fundamento em circunstância relativa a outro processo e não descrita pela denúncia.

Não lhe assiste razão.

No tocante à culpabilidade, a conduta do acusado é de reprovabilidade mais significativa que o ordinário haja vista ter desrespeitado a condição judicial que o proibia de frequentar local onde houvesse o manuseio de armamentos. A circunstância foi descrita pela denúncia e enseja, no caso, o agravamento da resposta penal.

Impõe-se, embora desprovido o recurso do réu, verificar a dosimetria. Com efeito, o provimento parcial do recurso ministerial enseja a condenação do acusado *também* quanto aos estojos de munição da marca Hornady, calibre .454 Casull, posto que pelo delito do art. 16 da Lei nº 10.826/03. Cumpre, tão somente, analisar se o caso é de reajuste da pena.

A dosimetria não comporta reparos, haja vista que é adequada a fixação da pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, consistentes na culpabilidade do acusado e a quantidade de objetos ilícitos apreendidos em seu poder, uma arma de fogo e cem estojos de munição. A pena inicial resta, assim, mantida em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes, atenuantes ou causas de diminuição de pena.

Incide a causa de aumento prevista no art. 20, c. c. o art. 6º, da Lei nº 10.826/03. Majorada em 1/2 (metade), a pena passa a 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, resultado que torno definitivo.

Mantido o valor da multa consoante o cálculo da sentença, à míngua de impugnação pelas partes.

Diante da quantidade de pena, é cabível o regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

Não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista não estar preenchido o requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Custas. Réu pobre. Isenção. Ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser mantida sua responsabilidade pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (CPC/15, art. 98, § 2º), ficando, no entanto, sobrestado o pagamento, enquanto perdurar a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, pelo prazo de 5 (cinco) anos, ocorrendo, após, a extinção da obrigação (CPC/15, art. 98, § 3º). A isenção deverá ser apreciada na fase de execução da sentença, mais adequada para aferir a real situação financeira do condenado.

Execução provisória. HC nº 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 nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.16). 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 nº 2014.61.19.005575-3, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 06.02.17 e TRF da 3ª Região, ED em ACr nº 2013.61.10.004043-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 06.02.17).

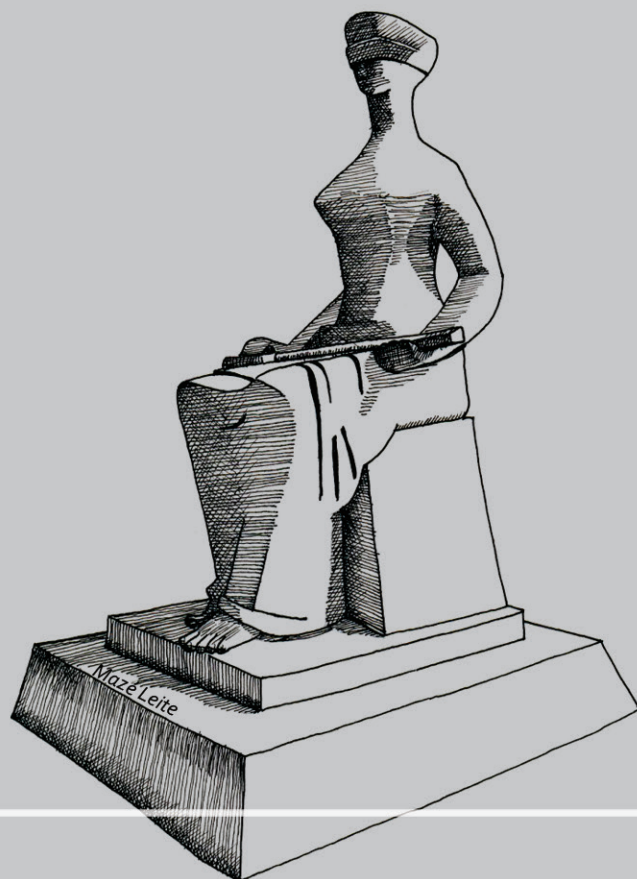
Do caso dos autos. A Procuradoria Regional da República requer a imediata execução da condenação. Esgotadas as vias ordinárias, expeça-se carta de sentença.

Ante o exposto, procedo à *emendatio libelli* (CPP, art. 383) para atribuir ao fato 1 da denúncia a classificação jurídica prevista no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação do Ministério Público Federal para condenar o réu pela conduta de manter em depósito estojos de munição (fato 1), sem efeitos sobre a dosimetria, de forma que resta mantida a condenação do acusado às penas de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 40 (quarenta) dias-multa, valor unitário mínimo, por prática do crime do art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, e NEGÓ PROVIMENTO à apelação criminal do réu Peterson Correa.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0007976-38.2006.4.03.6108

(2006.61.08.007976-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: PROCOPIO PIO

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Classe do Processo: ApelReex 1329576

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. REVISÃO DA RMI. SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. EMPREGADO DOMÉSTICO. RECOLHIMENTO DAS ACONTRIBUIÇÕES A CARGO DO EMPREGADOR. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL E LEI Nº 11.960/2009. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

1. Após a edição da Lei nº 5.859/72 o empregado doméstico passou a ser tido como segurado obrigatório, sendo indispensável o recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, a cargo do empregador, para que o tempo laborado seja computado para efeito de carência.

2. O art. 36 da Lei de Benefícios impôs ao empregado doméstico condição mais gravosa que aquelas impostas aos segurados obrigatórios comuns, ferindo os princípios da igualdade e da equivalência das contribuições, posto que o art. 79, I, da Lei 3.807/60 e atualmente o art. 30, I, *a*, da Lei 8212/91, dispõem que o recolhimento das contribuições previdenciárias cabe ao empregador, não havendo qualquer distinção entre o empregado doméstico e os demais, razão pela qual não se pode punir o empregado urbano pela ausência de tais recolhimentos, devendo ser computado o período laborado e comprovado para fins de carência, independentemente de indenização aos cofres da Previdência.

3. Faz jus a parte autora à revisão do valor da RMI de seu benefício devendo o INSS considerar as remunerações constantes da CTPS, para efeito de salário de contribuição, independentemente da prova do recolhimento das contribuições previdenciárias.

4. Considerando que a ação foi ajuizada após o prazo de 5 anos contado do término do processo administrativo, ainda que o termo inicial do pagamento das diferenças tenha sido fixado na data da concessão do benefício, o pagamento das parcelas vencidas deve observar a prescrição quinquenal, nos termos do artigo 103, § único, da Lei nº 8.213/91.

5. Juros e correção monetária de acordo com os critérios do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, naquilo que não conflitar como o disposto na Lei nº 11.960/2009. Correção de ofício.

6. Honorários de advogado fixados em 10% do valor da condenação. Artigo 20, §§ 3º e 4º, Código de Processo Civil/73 e Súmula nº 111 do STJ.

7. Sentença corrigida de ofício. Apelação do INSS e remessa necessária parcialmente providas.

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, corrigir, de ofício, a sentença para fixar os critérios de atualização do débito e dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2017.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de ação em que se pleiteia a revisão da RMI de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o cômputo dos salários de contribuição constantes da anotação na CTPS, considerando tratar-se de período como empregado doméstico.

A sentença julgou procedente o pedido determinando ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a revisão do valor da RMI do benefício da parte autora devendo considerar como salário de contribuição a remuneração constante de sua CTPS, independentemente da prova do recolhimento das contribuições previdenciárias, condenando-o, em consequência, ao pagamento das diferenças vencidas a partir de 24/08/01, corrigidas monetariamente desde os vencimentos e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação. Condenou o réu, também, ao pagamento de honorários de advogado, fixados em 15% do valor da condenação, considerado como termo final desta a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do C. STJ.

Foi determinada, ainda, em sede de antecipação de tutela, a revisão imediata do benefício.

Sentença submetida à remessa necessária.

Apela o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, alegando, que o segurado não comprovou o recolhimento das contribuições previdenciárias, razão pela qual seu benefício, concedido em 01 salário mínimo, somente poderá ser revisto por ocasião da comprovação do recolhimento das contribuições, o que não ocorreu no âmbito administrativo. Subsidiariamente, requer a reforma da sentença em relação aos honorários advocatícios, cujo percentual deverá ser reduzido.

Contrarrazões pela parte apelada, pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Passo ao exame do mérito.

Anteriormente à Lei nº 5.859/72 a empregada doméstica não era considerada segurada obrigatória da Previdência Social. Somente com a edição da lei supracitada é que foram assegurados à doméstica os benefícios da previdência, nos seguintes termos:

Art. 4º - Aos empregados domésticos são assegurados os benefícios e serviços da Lei Orgânica da Previdência Social na qualidade de segurados obrigatórios.

Para o custeio de tais benefícios foram estabelecidas contribuições a cargo do empregador e do empregado. É o que dispõe o artigo 5º da Lei nº 5.859/72:

Art. 5º - Os recursos para o custeio do plano de prestações provirão das contribuições abaixo, a serem recolhidas pelo empregador até o último dia do mês seguinte àquele a que se referirem e incidentes sobre o valor do salário-mínimo da região:

I - 8% (oito por cento) do empregador;

II - 8% (oito por cento) do empregado doméstico.

Em outras palavras, antes da vigência da citada lei, não havia fonte de custeio para o pagamento de benefícios previdenciários aos empregados domésticos, não estando eles protegidos pelo sistema previdenciário.

Após a edição da Lei nº 5.859/72 o empregado doméstico passou a ser tido como segurado obrigatório, sendo indispensável o recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, *a cargo do empregador*, para que o tempo laborado seja computado para efeito de carência.

Contudo, para o empregado doméstico, a Lei 8.213/91 dispôs especificamente, em seu artigo 36, que àquele (empregado doméstico) que não comprovar o recolhimento das contribuições previdenciárias será concedido o benefício de valor mínimo, sendo recalculada a renda quando comprovados os recolhimentos.

Verifica-se que o art. 36 da Lei de Benefícios impôs ao empregado doméstico condição mais gravosa que aquelas impostas aos segurados obrigatórios comuns, ferindo os princípios da igualdade e da equivalência das contribuições, posto que o art. 79, I, da Lei 3.807/60 e atualmente o art. 30, I, *a*, da Lei 8212/91, dispõem que o recolhimento das contribuições previdenciárias cabe ao empregador, não havendo qualquer distinção entre o empregado doméstico e os demais, razão pela qual não se pode punir o empregado urbano pela ausência de tais recolhimentos, devendo ser computado o período laborado e comprovado para fins de carência, independentemente de indenização aos cofres da Previdência. Nesse sentido, TRF3, 10ª Turma, AC 1122771/SP, v.u., Rel. Des. Federal Jediael Galvão, D 13/02/2007, DJU 14/03/2007, p. 633.

Ademais, o provável intuito do legislador ao introduzir o art. 36 foi o de garantir ao empregado doméstico renda mínima, nas hipóteses em que não fosse possível aferir suas remunerações.

No entanto, no caso dos autos, é plenamente possível aferir o valor das remunerações do segurado, vez que constam devidamente anotadas na CTPS às fls. 96/97.

Neste contexto, faz jus a parte autora à revisão pretendida, devendo o INSS proceder à revisão do valor da RMI de seu benefício devendo considerar as remunerações constantes de sua CTPS, para efeito de salário de contribuição, independentemente da prova do recolhimento das contribuições previdenciárias.

São devidas as diferenças decorrentes do recálculo da RMI desde a data da concessão do benefício em 01/12/99.

Contudo, considerando que a ação foi ajuizada após o prazo de 5 anos contado do término do processo administrativo, ainda que o termo inicial do pagamento das diferenças tenha sido fixado na data da concessão do benefício, o pagamento das parcelas vencidas deve observar a prescrição quinquenal, nos termos do artigo 103, § único, da Lei nº 8.213/91.

No que tange aos critérios de atualização do débito, por tratar-se de consectários legais, revestidos de natureza de ordem pública, são passíveis de correção de ofício, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. APLICAÇÃO IMEDIATA. ART. 5º DA LEI Nº 11.960/09. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL: IPCA. JULGAMENTO DE ADI NO STF. SOBRESTAMENTO. INDEFERIMENTO.

(...)

5. A correção monetária e os juros de mora, como consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e podem ser analisados até mesmo de ofício, bastando que a matéria tenha sido debatida na Corte de origem. Logo, não há falar em *reformatio in pejus*.

(...)

(AgRg no AREsp 288026/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 20/02/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OBSERVÂNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO NON *REFORMATIO IN PEJUS* E DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA QUE NÃO DEPENDE DE RECURSO VOLUNTÁRIO PARA A CORTE ESTADUAL.

1. A correção monetária, assim como os juros de mora, incide sobre o objeto da condenação judicial e não se prende a pedido feito em primeira instância ou a recurso voluntário dirigido à Corte estadual. É matéria de ordem pública, cognoscível de ofício em sede de reexame necessário, máxime quando a sentença afirma a sua incidência, mas não disciplina expressamente o termo inicial dessa obrigação acessória.

2. A explicitação do momento em que a correção monetária deverá incidir no caso concreto feita em sede de reexame de ofício não caracteriza *reformatio in pejus* contra a Fazenda Pública estadual, tampouco ofende o princípio da inércia da jurisdição.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1291244/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013)

Assim, corrijo a sentença, e estabeleço que para o cálculo dos juros de mora aplicam-se os critérios estabelecidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação. Quanto à correção monetária, acompanho o entendimento firmado pela Sétima Turma no sentido da aplicação do Manual de Cálculos, naquilo que não conflitar como o disposto na Lei nº 11.960/2009, aplicável às condenações impostas à Fazenda Pública a partir de 29 de junho de 2009.

Com relação aos honorários de advogado, estes devem ser fixados em 10% do valor da condenação, consoante entendimento desta Turma e artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, aplicável ao caso concreto eis que o recurso foi interposto na sua vi-

gência, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça, não se aplicando, também, as normas dos §§ 1º a 11º do artigo 85 do CPC/2015, inclusive no que pertine à sucumbência recursal, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal (Enunciado Administrativo nº 7/STJ).

Ante o exposto, de ofício, corrijo a sentença para fixar os critérios de atualização do débito e dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial apenas para fixar a verba honorária nos termos acima explicitados.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0001248-11.2012.4.03.6127

(2012.61.27.001248-8)

Agravante: MOACIR BOVO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 116/119

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Classe do Processo: AC 1868281

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/04/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MAL DE ALZHEIMER. CARÊNCIA E INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE QUESTÕES INCONTROVERSAS. QUALIDADE DE SEGURADO. RECOLHIMENTO DE MAIS DE 120 CONTRIBUIÇÕES. PERÍODO DE GRAÇA. PRORROGAÇÃO. AGRAVAMENTO DA DOENÇA. PREEXISTÊNCIA AFASTADA. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO CONCEDIDO. RECURSO DO AUTOR PROVIDO.

1 - Carência de 12 (doze) meses preenchida, considerando os vínculos empregatícios constantes da CTPS.

2 - Incapacidade total e permanente para o trabalho comprovada por meio do laudo pericial, o qual diagnosticou o autor como portador de doença degenerativa do sistema nervoso central (demência neurológica/Mal de Alzheimer).

3 - Preservada a qualidade de segurado do requerente quando do surgimento da doença, tendo em vista a data de rescisão do contrato de trabalho, bem como a prorrogação, por mais doze meses, do período de graça, considerada a existência de mais de 120 recolhimentos (art. 15, §1º, da Lei nº 8.213/91).

4 - Ao se submeter a exame médico (19 de julho de 2012), o autor apresentava “*déficit cognitivo moderado*”, o que revela um lento processo de progressão da doença, desde seu aparecimento em 2003, tendo o *expert* consignado, na oportunidade, “*piora progressiva, em tratamento desde 2012*”.

5 - Pelas máximas de experiência, o Mal de Alzheimer se inicia com uma leve e episódica alteração comportamental, evoluindo até o comprometimento total do déficit cognitivo.

6 - A gênese dos primeiros sintomas dessa doença não inviabiliza o desempenho da atividade laborativa, razão pela qual o autor, por ocasião de sua contratação em 1º de abril de 2010, ainda se achava na plenitude do exercício profissional, preservada sua higidez física e mental.

7 - Preenchidos os requisitos necessários à concessão da aposentadoria por invalidez.

8 - Critérios de fixação dos consectários legais mantidos na forma da r. sentença de primeiro grau, à míngua de impugnação do INSS, no particular.

9 - Agravo legal do autor provido.

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 maioria, dar provimento ao agravo legal do autor, nos termos do voto condutor que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora).

Trata-se de agravo interposto nos termos do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, contra a decisão de fls. 116-119, que negou seguimento ao agravo retido e deu provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Revogada a antecipação dos efeitos da tutela concedida.

Aduz que o postulante comprovou os requisitos para a concessão do benefício, razão pela qual requer a reconsideração da decisão agravada, ou, sendo mantida, que o feito seja levado em mesa para julgamento do agravo.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora).

Corolário do princípio da celeridade processual, os poderes conferidos ao relator, pelo artigo 557, do Código de Processo Civil, permitem o julgamento singular do próprio mérito do recurso:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

In casu, trata-se de agravo interposto nos termos do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, contra a decisão de fls. 116-119, que negou seguimento ao agravo retido e deu provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Revogada a antecipação dos efeitos da tutela concedida.

Às fls. 116-119, assim foi decidido:

Ação proposta por Moacir Bovo em 26.04.2012, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença, desde a data da incapacidade laboral. Requerida a antecipação dos efeitos da tutela.

Rejeitada a antecipação dos efeitos da tutela, o autor interpôs agravo de instrumento contra a decisão, o qual foi convertido em retido.

Sentença de procedência. INSS condenado ao pagamento de aposentadoria por invalidez ao autor, desde a data do requerimento administrativo (02.03.2012), e abono anual, observados os critérios previstos na Lei nº 8.213/91. Antecipação dos efeitos da tutela concedida. Determinado o pagamento das prestações vencidas, descontados valores pagos administrativamente ou por força da antecipação da tutela, com correção monetária desde as datas dos vencimentos das prestações, e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação até 30.06.2009, observado, a partir de então, o disposto artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor das parcelas vencidas até a sentença. Custas na forma da lei. Sentença registrada em 28.02.2013, não submetida a reexame necessário.

O INSS apelou, requerendo o recebimento do recurso no duplo efeito e pleiteando a integral reforma da sentença, porquanto a incapacidade preexistia ao reingresso do autor ao RGPS.

Com contrarrazões.

Decido.

Corolário do princípio da celeridade processual, os poderes conferidos ao relator pelo artigo 557 do Código de Processo Civil, permitem o julgamento singular do próprio mérito do recurso, *in verbis*:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

No tocante ao agravo retido interposto pelo autor, verifico que não requereu expressamente sua apreciação pelo Tribunal, razão pela qual dele não conheço, nos termos do § 1º, do artigo 523, do Código de Processo Civil.

O recurso não merece ser conhecido no que respeita ao pedido de atribuição de efeito suspensivo, porquanto inadequada a via eleita pelo recorrente. Nos exatos termos do artigo 522 do Código de Processo Civil, contra a decisão que estipula os efeitos em que a apelação é recebida cabe agravo.

Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos artigos 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91 e consistem na qualidade de segurado, incapacidade total e permanente para o trabalho e cumprimento da carência, quando exigida. O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos artigos 59 e seguintes do mesmo diploma legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

No tocante à qualidade de segurado, conforme CTPS e informações do CNIS, manteve vínculos empregatícios nos períodos de 01.09.1977 a 30.06.1988, 01.07.1988 a 11.07.1994, 26.09.1994 a 05.06.1995, 02.01.1997 a 30.09.1997, 20.01.1998 a 08.09.1998, 28.09.1998 a 20.01.1999, 01.05.1999 a 25.05.2001, 30.05.2001 a 30.03.2002, 01.04.2010 a 29.10.2010 e a partir de 01.06.2011, com última remuneração percebida em 02/2012 (fls. 17-20 e 53).

Considerando-se apenas o momento em que ajuizada a ação (26.04.2012), poder-se-ia reconhecer a qualidade de segurado ao autor.

Análise mais aprofundada demonstra, contudo, a inviabilidade de se atender à sua pretensão. Isto porque, não obstante a existência de vínculo com a Previdência em fevereiro de 2012, verifica-se que o reingresso do autor ao sistema ocorreu quando já incapacitado, circunstância que impede a concessão dos benefícios por incapacidade, nos termos do disposto nos artigos 42, parágrafo 2º, e 59, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.213/91.

A perícia constatou a incapacidade total e permanente do postulante para o trabalho, em virtude de demência neurológica, com déficit cognitivo progressivo e irreversível. Concluiu encontrar-se incapacitado para o trabalho de forma total e permanente (fls. 59-63).

Em laudo complementar, o perito informou:

“A doença de Alzheimer é uma doença degenerativa do sistema nervoso central, e seu diagnóstico é exclusivamente clínico, não havendo exames diagnósticos que possam comprovar com certeza a presença ou ausência da patologia. O autor foi diagnosticado em 2003 com o mal. Por ser de caráter progressivo, a incapacidade ocorreu por volta de 2010, segundo informações colhidas, ou seja, de 2003 a 2010, o autor ainda possuía capacidade cognitiva. E o tratamento efetivamente (para controle e não cura), iniciou-se em 2012”. (fls. 78)

A data de início da incapacidade, apontada pelo acompanhante do autor, coincide com o retorno deste ao RGPS, com vínculo empregatício mantido com parente, na empresa “Mauro da Silva Bovo ME”, após 8 anos sem contribuir.

A hipótese dos autos não se insere na previsão do parágrafo único do artigo 24 da Lei nº 8.213/91, porquanto evidenciado tratar-se o referido dispositivo de reingresso de segurado apto ao trabalho, que venha a ser atingido pelo evento incapacitante após a nova filiação.

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PREEXISTENTE AO REINGRESSO. CARÊNCIA.

- Sentença submetida a reexame necessário. Descabimento em virtude de o montante devido entre a data do ajuizamento e a sentença ser inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. Artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil.

- Agravo retido não conhecido porquanto não interposto referido recurso.

- Satisfeitos os requisitos legais previstos no artigo 42 da Lei nº 8.213/91 - quais sejam, qualidade de segurado, incapacidade e cumprimento do período de carência (12 meses) - seria de rigor, em tese, a concessão da aposentadoria por invalidez.

- A comprovação da preexistência de incapacidade ao reingresso à Previdência inviabiliza, no caso, a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez e de auxílio-doença.

- Honorários advocatícios arbitrados, em favor da autarquia, em 10% sobre o valor atribuído à causa, atualizado desde o ajuizamento da ação, observando-se o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50, por ser a autora beneficiária da justiça gratuita.

- Honorários periciais fixados em R\$ 234,80 (duzentos e trinta e quatro reais e oitenta centavos), nos termos da Resolução nº 440, de 30.05.2005, do Conselho da Justiça Federal, com observância do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

- Apelação a que se dá provimento para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos. Remessa oficial não conhecida.”

(TRF 3ª Região, AC nº 1075662, Rel. Ana Pezarini, 8ª Turma, DJU 29.05.2006)

“PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - PRELIMINAR - INÉPCIA DA INICIAL - REJEIÇÃO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO - REFILIAÇÃO -DOENÇA PREEXISTENTE - ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I- Não há que se falar em inépcia da inicial por falta de especificação dos locais de trabalho onde a autora teria exercido suas atividades laborativas, tampouco especificação da doença que está acometida, haja vista que tais fatos devem ser analisados na fase de instrução, não sendo requisito necessário previsto nos artigos 282 e 283 do CPC.

II- Ainda que se considerasse a refiliação da autora à Previdência pelo período necessário de 1/3 do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido, posto que contava com dez meses de contribuição (12/78 a 09/79), esta se deu posteriormente à sua doença, não restando demonstrada a ocorrência de agravamento ou progressão da moléstia, já que o laudo médico pericial traz como início de sua incapacidade a data de 07.09.2000, sendo certo ainda que a própria autora asseverou, em depoimento pessoal, que não conseguiu mais laborar a partir de 2000, evidenciando-se que seu mal incapacitante seria preexistente à sua refiliação.

III - Por se tratar de beneficiária da justiça gratuita, incabível a condenação da autora nos ônus de sucumbência.

IV - Preliminar argüida pelo réu rejeitada. Remessa Oficial e Apelação do réu providas.”

(TRF 3ª Região, AC nº 1034209, Relator Sérgio Nascimento, Décima Turma, DJU 19/10/2005, p. 699).

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. PREENSISTÊNCIA DA INCAPACIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

- Seja porque a incapacidade laborativa atingiu a parte autora quando esta não mais ostentava a condição de segurada, seja porque o evento incapacitante é preexistente ao seu reingresso no RGPS, deve ser indeferido o pedido de concessão de auxílio-doença.

- Apelo do INSS provido, com a declaração de improcedência da demanda”.

(TRF 4ª Região, AC nº 538386, Relator Otávio Roberto Pamplona, v.u., DJU data: 04/05/2005 p. 763).

Desconsiderados os vínculos mantidos a partir de 2010, clara a perda da qualidade de segurado. O prazo de doze meses, previsto no artigo 15 da Lei nº 8.213/91, foi excedido, eis que o vínculo anterior foi rescindido em 30.03.2002, tendo ajuizado a ação somente em 26.04.2012, não sendo hipótese de dilação nos termos dos parágrafos 1º e 2º do dispositivo retromencionado.

Inviabilizada, ainda, a aplicação do parágrafo 1º do artigo 102 da Lei 8.213/91, porquanto, embora o diagnóstico da patologia retroaja a 2003, a perda da capacidade cognitiva ocorreu somente em 2010, ocasião em que o apelado já havia perdido a qualidade de segurado.

Assim, a incapacidade laborativa atingiu o apelado quando este não mais ostentava a qualidade de segurado e sua nova filiação ocorreu após o advento da patologia incapacitante, razão pela qual não há como se conceder os benefícios pleiteados.

Destarte, a decisão impugnada merece ser reformada, porque em desacordo com entendimento jurisprudencial do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme precedente que segue:

“RECURSO ESPECIAL Nº 869.604 - SP (2006/0160702-9)

RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES

RECORRENTE: JORGE FRANCISCO MARQUES

ADVOGADO: ROBERTO MIRANDOLA

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ANTÔNIO AMIN JORGE E OUTROS

DECISÃO

Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão assim ementado:

‘Previdenciário - Concessão - aposentadoria por invalidez - Doença preexistente à filiação.

1. O esgotamento da via administrativa não é condição da ação de natureza previdenciária. Inteligência da Súmula 213 do extinto TFR e 09 desta E. Corte. Preliminar de carência de ação que se rejeita.

2. A preexistência do mal incapacitante à filiação previdenciária obsta o deferimento da aposentadoria por invalidez, a teor do disposto no art. 42, § 2º, da Lei 8.213/91.

3. Apelação e remessa oficial providas.’

Eis o que disse o Relator no voto: (I) ‘verifico que às fls. 14/16, o recolhimento de 12 contribuições previdenciárias pelo autor entre 08/96 e 07/97, na condição de facultativo (fls. 13). Esclareço que estes são os únicos documentos a comprovar o vínculo previdenciário do requerente’; (II) ‘o laudo judicial (fls. 40/43), realizado em 19/03/98, demonstrou a incapacidade total e permanente do autor e afirmou que os seus males datam de “mais de quatro anos, sempre apresentando sintomas de gravidade com tonteiras no trabalho”’;

(III) ‘infere-se, portanto, que o apelado já era portador da doença incapacitante, quando adquiriu a qualidade de segurado perante a Previdência Social’; e

(IV) ‘nesse passo, considerando-se o exposto, é forçoso concluir pela procedência da ação, já que os fatos constantes dos autos são claros em apontar que o autor já estava incapacitado à

época do início dos recolhimentos que lhe atribuíram a condição de segurado’.

Daí o recurso especial de fls. 105/115, no qual alega o autor afronta aos arts. 42, § 2º, e 59 da Lei nº 8.213/91, além de divergência jurisprudencial, pois, ‘nos casos em que se verifica o agravamento da doença após o início das contribuições para (...) a Previdência, é de se conceder o benefício de aposentadoria por invalidez ora pleiteado’.

Conquanto tenha sido admitido na origem, não há como dar seguimento ao especial.

É certo que o Superior Tribunal firmou entendimento segundo o qual a doença preexistente à filiação do segurado à previdência social conferirá direito à aposentadoria por invalidez, desde que fique comprovado que a incapacidade sobreveio em razão do agravamento da doença. Ocorre que, no caso dos autos, o Tribunal Regional disse claramente que *‘o autor já estava incapacitado à época do início dos recolhimentos que lhe atribuíram a condição de segurado’*. Ora, não restando demonstrado que a invalidez deu-se por progressão da moléstia, era mesmo indevido o benefício. Assim, impossível mudar a conclusão de origem em razão do óbice da Súmula 7. Por derradeiro, não foi comprovada a alegada divergência nos moldes exigidos pelos arts. 541, parágrafo único, do Cód. de Pr. Civil e 255, § 2º, do Regimento. De um lado, a mera transcrição de ementas nas razões do especial não se presta a comprovar o dissenso entre julgados. De outro, não há falar em dissídio jurisprudencial quando o acórdão recorrido não guarda similitude fática com os paradigmas, como é de ver dos trechos transcritos.

Tal o contexto, com fundamento no *caput* do art. 557 do Cód. de Pr. Civil, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 31 de outubro de 2006.

Ministro Nilson Naves

Relator” (grifo)

Constata-se que o julgado ressalta a indispensabilidade de prova de que a incapacidade sobreveio em razão do agravamento da doença e tal circunstância não se verificou, retornando, ao RGPS, o segurado, - que havia perdido tal condição - quando já incapacitado.

Dessa forma, a sentença encontra-se em manifesto confronto com entendimento jurisprudencial dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Por se tratar de beneficiário da assistência judiciária gratuita, deixo de condenar o autor ao pagamento da verba honorária e custas processuais, consoante entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte (AR nº 2002.03.00.014510-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., j. 10.05.06; AR nº 96.03.088643-2/SP, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, v.u., j. 24.05.06).

Condeno o autor ao pagamento de honorários periciais, fixados em R\$ 234,80 na decisão de fls. 64, com a observância do artigo 12 da Lei nº 1.060/50, tendo em vista que, julgada improcedente o pedido, seu pagamento correrá às custas dos recursos vinculados ao custeio da assistência judiciária.

Posto isso, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo retido e dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Autor condenado ao pagamento de honorários periciais, fixados em R\$ 234,80, observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50. Revogo a antecipação dos efeitos da tutela concedida.

Assim sendo, a decisão impugnada merece ser mantida, quer porque manifestamente improcedente a pretensão recursal, quer porque amparada em entendimento jurisprudencial do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme precedente que segue:

RECURSO ESPECIAL Nº 869.604 - SP (2006/0160702-9)

RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES

RECORRENTE: JORGE FRANCISCO MARQUES

ADVOGADO: ROBERTO MIRANDOLA

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ANTÔNIO AMIN JORGE E OUTROS DECISÃO

Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão assim ementado:

“Previdenciário - Concessão - aposentadoria por invalidez - Doença preexistente à filiação.

1. O esgotamento da via administrativa não é condição da ação de natureza previdenciária. Inteligência da Súmula 213 do extinto TFR e 09 desta E. Corte. Preliminar de carência de ação que se rejeita.

2. A preexistência do mal incapacitante à filiação previdenciária obsta o deferimento da aposentadoria por invalidez, a teor do disposto no art. 42, § 2º, da Lei 8.213/91.

3. Apelação e remessa oficial providas”.

Eis o que disse o Relator no voto:

(I) “verifico que às fls. 14/16, o recolhimento de 12 contribuições previdenciárias pelo autor entre 08/96 e 07/97, na condição de facultativo (fls. 13). Esclareço que estes são os únicos documentos a comprovar o vínculo previdenciário do requerente”;

(II) “o laudo judicial (fls. 40/43), realizado em 19/03/98, demonstrou a incapacidade total e permanente do autor e afirmou que os seus males datam de ‘mais de quatro anos, sempre apresentando sintomas de gravidade com tonteiras no trabalho’”;

(III) “infere-se, portanto, que o apelado já era portador da doença incapacitante, quando adquireu a qualidade de segurado perante a Previdência Social”; e

(IV) “nesse passo, considerando-se o exposto, é forçoso concluir pela procedência da ação, já que os fatos constantes dos autos são claros em apontar que o autor já estava incapacitado à época do início dos recolhimentos que lhe atribuíram a condição de segurado”.

Daí o recurso especial de fls. 105/115, no qual alega o autor afronta aos arts. 42, § 2º, e 59 da Lei nº 8.213/91, além de divergência jurisprudencial, pois, “nos casos em que se verifica o agravamento da doença após o início das contribuições para (...) a Previdência, é de se conceder o benefício de aposentadoria por invalidez ora pleiteado”.

Conquanto tenha sido admitido na origem, não há como dar seguimento ao especial.

É certo que o Superior Tribunal firmou entendimento segundo o qual a doença preexistente à filiação do segurado à previdência social conferirá direito à aposentadoria por invalidez, desde que fique comprovado que a incapacidade sobreveio em razão do agravamento da doença. Ocorre que, no caso dos autos, o Tribunal Regional disse claramente que “o autor já estava incapacitado à época do início dos recolhimentos que lhe atribuíram a condição de segurado”. Ora, não restando demonstrado que a invalidez deu-se por progressão da moléstia, era mesmo indevido o benefício. Assim, impossível mudar a conclusão de origem em razão do óbice da Súmula 7. Por derradeiro, não foi comprovada a alegada divergência nos moldes exigidos pelos arts. 541, parágrafo único, do Cód. de Pr. Civil e 255, § 2º, do Regimento. De um lado, a mera transcrição de ementas nas razões do especial não se presta a comprovar o dissenso entre julgados. De outro, não há falar em dissídio jurisprudencial quando o acórdão recorrido não guarda similitude fática com os paradigmas, como é de ver dos trechos transcritos. Tal o contexto, com fundamento no caput do art. 557 do Cód. de Pr. Civil, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 31 de outubro de 2006.

Ministro Nilson Naves

Relator (grifo)

Constata-se que o julgado ressalta a indispensabilidade de prova de que a incapacidade sobreveio em razão do agravamento da doença e, como registrado na decisão agravada, tal circunstância não se verificou.

Dessa forma, a sentença encontrava-se em manifesto confronto com entendimento jurisprudencial dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, aplicável ao caso a autorização legal de julgamento monocrático, prevista no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO:

Em sessão de julgamento realizada em 16 de março de 2015, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta proferiu voto no sentido de negar provimento ao agravo legal interposto pelo autor, mantendo a decisão monocrática que não conheceu do agravo retido e dera pela improcedência do pedido de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Acompanhando-a quanto ao não conhecimento do agravo retido, divirjo, contudo, do entendimento manifestado pela eminente Relatora, uma vez que entendo preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício por incapacidade.

No caso em apreço, a carência de 12 (doze) meses restou incontroversa, considerados os vínculos empregatícios constantes da CTPS de fls. 17/20.

A incapacidade total e permanente para o trabalho, de igual forma, não fora objeto de insurgência, na medida em que diagnosticado o autor como portador de doença degenerativa do sistema nervoso central (demência neurológica/Mal de Alzheimer).

Controvertem as partes, portanto, acerca da qualidade de segurado do autor, decorrente da alegada preexistência da doença por ocasião de seu reingresso no RGPS.

Registro que a CTPS do requerente revela a existência de vínculos empregatícios contínuos no período de setembro de 1977 a março de 2002, com reinserção no mercado de trabalho em 1º de abril de 2010, onde permaneceu empregado até 29 de outubro do mesmo ano e, posteriormente, admitido em 1º de junho de 2011, sem data informada de rescisão (fls. 17/20).

Observe, porque de todo oportuno, que referido histórico laboral não pode ser desprezado, posto que conta, até março de 2002, com recolhimentos por tempo superior a 22 (vinte e dois) anos.

Não se cuida, aqui, de filiação fugaz.

Pois bem. O exame pericial de fls. 59/63, malgrado não tenha informado a data exata do início da doença (quesito do Juízo nº 01), *estimou seu aparecimento no ano de 2003* (quesito do INSS nº 03).

A assim se considerar, cai por terra a alegação da autarquia no sentido da perda da qualidade de segurado. Como se vê, o vínculo empregatício mantido pelo demandante junto à Corso Cia. Ltda. perdurou até 30 de março de 2002. Por consequência, conservou a qualidade de segurado até, pelo menos, 30 de março de 2004, levando-se em conta os 12 meses previstos no art. 15, II, da Lei nº 8.213/91, além da prorrogação, por igual período, contemplada no § 1º do artigo em questão, já que vertidas mais de 120 contribuições em período antecedente.

Superada a questão da perda da qualidade de segurado, remanesce o argumento da preexistência do mal incapacitante quando da refiliação do segurado em 1º de abril de 2010. E, no ponto, o argumento do INSS, uma vez mais, não prospera.

Rememore-se que, ao se submeter a exame médico (19 de julho de 2012), o autor apresentava “*déficit cognitivo moderado*”, o que revela um lento processo de progressão da doença, desde seu aparecimento em 2003, tendo o *expert* consignado, na oportunidade, “piora progressiva, em tratamento desde 2012”.

Cabe, aqui, uma reflexão. Pelas máximas de experiência, sabe-se que o Mal de Alzheimer se inicia com uma leve e episódica alteração comportamental, evoluindo até o comprometimento total do déficit cognitivo. Pode-se afirmar, daquilo que contém o exame pericial, que o autor se achava em uma situação “intermediária” à época (2012), tendo, a partir de então, iniciado o tratamento.

Bem por isso, entendo que a gênese dos primeiros sintomas dessa doença não inviabiliza o desempenho da atividade laborativa, razão pela qual não tenho dúvidas de que, por ocasião de sua contratação em 1º de abril de 2010, o mesmo ainda se achava, senão na plenitude do exercício profissional, ao menos com sua higidez física e mental preservada para tanto.

Dito isso, tenho por preenchidos os requisitos necessários à concessão da aposentadoria por invalidez.

Critérios de fixação dos consectários legais mantidos na forma da r. sentença de primeiro grau, à míngua de impugnação do INSS, no particular.

Ante o exposto, divirjo da ilustre Relatora, com a devida venia, e pelo meu voto, dou provimento ao agravo legal oposto pelo autor para tornar insubsistente a decisão agravada. Em novo julgamento, não conheço do agravo retido oposto pelo autor, nego provimento à apelação do INSS e mantenho integralmente a r. sentença de primeiro grau.

Restabeleço os efeitos da tutela antecipada concedida. Oficie-se ao INSS.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator para o Acórdão

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA: Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão monocrática proferida pela E. Relatora que, nos autos da ação visando à concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio doença, negou seguimento ao agravo retido e deu provimento à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido, revogando a tutela antecipada anteriormente concedida.

Na sessão de 16/3/15, a E. Desembargadora Federal Relatora Therezinha Cazerta negou provimento ao agravo legal da parte autora, sendo que o E. Juiz Federal Convocado Carlos Delgado deu-lhe provimento para negar provimento ao agravo retido e à apelação.

Tomei a liberdade de pedir vista dos presentes autos a fim de melhor analisar a possibilidade (ou não) de concessão da aposentadoria por invalidez ou auxílio doença.

Nos exatos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de inca-

pacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Com relação ao auxílio doença, dispõe o art. 59, *caput*, da referida Lei:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Dessa forma, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez compreendem: *a)* o cumprimento do período de carência, quando exigida, prevista no art. 25 da Lei nº 8.213/91; *b)* a qualidade de segurado, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios e *c)* incapacidade definitiva para o exercício da atividade laborativa. O auxílio doença difere apenas no que tange à incapacidade, a qual deve ser temporária.

No que tange ao recolhimento de contribuições previdenciárias, devo ressaltar que, em se tratando de segurado empregado, tal obrigação compete ao empregador, sendo do Instituto o dever de fiscalização do exato cumprimento da norma. Essas omissões não podem ser alegadas em detrimento do trabalhador que não deve - posto tocar às raias do disparate - ser penalizado pela inércia alheia.

Importante deixar consignado, outrossim, que a jurisprudência de nossos tribunais é pacífica no sentido de que não perde a qualidade de segurado aquele que está impossibilitado de trabalhar, por motivo de doença incapacitante.

Feitas essas breves considerações, passo à análise do caso concreto.

In casu, a parte autora cumpriu a *carência* mínima de 12 contribuições mensais, conforme comprova a cópia da sua CTPS e a consulta realizada no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, juntada a fls. 53 e verso, nas quais constam diversos registros de atividades nos períodos de 1º/9/77 a 30/6/88, 1º/7/88 a 11/7/94, 26/9/94 a 5/6/95, 2/1/97 a 30/9/97, 20/1/98 a 8/9/98, 28/9/98 a 20/1/99, 1º/5/99 a 25/5/01, 30/5/01 a 30/3/02, 1º/4/10 a 29/10/10 e 1º/6/11, sem data de saída, com última remuneração em fevereiro de 2012.

A *qualidade de segurado*, igualmente, encontra-se comprovada, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 26/4/12, ou seja, no prazo previsto no art. 15, da Lei nº 8.213/91.

Outrossim, a alegada *incapacidade* ficou plenamente demonstrada pela perícia médica, conforme parecer técnico elaborado pelo Perito (fls. 59/63, complementada a fls. 78). Afirmou o esculápio encarregado do exame que o autor é portador de “*doença de Alzheimer, com deficiência cognitiva mista*” (fls. 62). Concluiu que o autor encontra-se total e permanentemente incapacitado para o trabalho.

Com relação à data de início da incapacidade, afirmou o Sr. Perito que “a doença de Alzheimer é uma doença degenerativa do sistema nervoso central, e seu diagnóstico é exclusivamente clínico, não havendo exames diagnósticos que possam comprovar com certeza a presença ou ausência da patologia. O autor foi diagnosticado em 2003 com o mal. Por ser de caráter progressivo, a incapacidade ocorreu por volta de 2010, segundo informações colhidas, ou seja, de 2003 a 2010, o autor ainda possuía capacidade cognitiva. E o tratamento efetivamente (para controle e não cura), iniciou-se em 2012.” (fls. 78). Dessa forma, considero que o

autor possuía a qualidade de segurado quando do advento da incapacidade laborativa.

Ressalto que os registros constantes da CTPS são hábeis para comprovar o efetivo trabalho do autor, tendo em vista a presunção *juris tantum* de que gozam as anotações ali exaradas. Em nenhum momento ficou comprovado nos autos que os dois últimos registros na empresa “*Mauro da Silva Bovo ME*” foram realizados de forma incorreta ou mediante fraude.

Dessa forma, deve ser concedida a aposentadoria por invalidez pleiteada na exordial. Deixo consignado, contudo, que o benefício não possui caráter vitalício, tendo em vista o disposto nos artigos 42 e 101, da Lei nº 8.213/91.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo legal da autora para não conhecer do agravo retido, negar provimento à apelação do INSS e restabelecer a tutela antecipada.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA

APELAÇÃO CÍVEL
0026398-18.2012.4.03.9999
(2012.03.99.026398-8)

Apelante: DAISY MARIA FERRO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA GUARARAPES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AC 1762775
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/04/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE DESAPOSENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. JULGAMENTO, PELO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO (COM REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL) AFAS-TANDO A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

- O E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), em 27/10/2016, firmou posicionamento no sentido 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 (tema 503 - fixação de tese - conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio do instituto da desaposentação - Ata de julgamento nº 35, de 27.10.2016, publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016).

- A súmula da decisão relativa à repercussão geral que constar de ata publicada no diário oficial valerá como acórdão (a teor do art. 1.035, § 11, do Código de Processo Civil), situação ocorrente no que tange ao julgamento da desaposentação (nos termos delimitados pela Ata de Julgamento a que foi feita menção).

- Ainda que não haja a correspondência exata entre o que restou pacificado pelo E. Supremo Tribunal Federal e o caso dos autos (possibilidade de averbar o labor apurado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, quando da concessão de seu atual benefício, para fins de deferimento de futura aposentadoria em decorrência do ingresso em concurso público), imperioso reconhecer a razão que subjaz ao precedente repetitivo no sentido de que é defeso ato de renúncia de benefício sem que haja lei prevendo tal possibilidade, o que se aplica à situação em exame.

- Negado provimento ao recurso de apelação da parte autora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação da parte autora*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2017.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela parte autora (fls. 130/161) em face da r. sentença (fls. 127/128) que julgou improcedente pedido de desaposentação consistente na renúncia de sua atual aposentadoria para averbação futura do tempo de serviço apurado em aposentadoria a ser requerida em decorrência do ingresso em concurso público. Sustenta possuir o direito mencionado sem que, para tanto, tenha o dever de restituir os valores que já recebeu ao longo do tempo.

Subiram os autos sem contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Formula a parte autora pleito de desaposentação com o objetivo de ver suspenso seu atual benefício (aposentadoria por tempo de serviço / contribuição) e deferida a possibilidade de averbar o labor apurado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS para fins de concessão de futura aposentadoria (em decorrência do ingresso em concurso público).

Com efeito, o E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), em 27/10/2016, firmou posicionamento no sentido 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 (tema 503 - fixação de tese - conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio do instituto da desaposentação - Ata de julgamento nº 35, de 27.10.2016, publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016).

Cumprе salientar, por oportuno, que a súmula da decisão relativa à repercussão geral que constar de ata publicada no diário oficial valerá como acórdão (a teor do art. 1.035, § 11, do Código de Processo Civil), situação ocorrente no que tange ao julgamento da desaposentação (nos termos delimitados pela Ata de Julgamento a que foi feita menção), o que permite a apreciação deste feito e, conseqüentemente, o julgamento de mérito do tema controvertido.

Ainda que não haja a correspondência exata entre o que restou pacificado pelo E. Supremo Tribunal Federal e o caso dos autos (uma vez que o precedente vinculante trata de temática afeta à possibilidade de cômputo de novo período de contribuição após o ato de concessão de aposentadoria proporcional para a transformação em aposentadoria integral enquanto, neste feito, pugna-se pela possibilidade de averbar o labor apurado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, quando da concessão de seu atual benefício, para fins de deferimento de futura aposentadoria em decorrência do ingresso em concurso público), imperioso reconhecer a razão que subjaz ao precedente repetitivo no sentido de que é defeso ato de renúncia de benefício sem que haja lei prevendo tal possibilidade, o que se aplica à situação em exame.

Em razão do exposto, perfilho do entendimento anteriormente exposto para *não admitir a possibilidade de desaposentação no caso em tela*.

Sucumbente, a parte autora deve ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, devendo-se observar o disposto no art. 12, da Lei nº 1.060/50. Nesse sentido é o julgado da E. Suprema Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REMUNERAÇÃO TOTAL. SALÁRIO-MÍNIMO. ABONO. BASE DE CÁLCULO. VANTAGENS PESSOAIS. HONORÁRIOS. JUSTIÇA GRATUITA.

1. As questões relativas aos honorários sucumbenciais hão de ser resolvidas na execução do julgado, quando se discutirá se a ausência da condenação, base de cálculo erigida pelo juiz para fixação dos honorários advocatícios, restou ou não inexecutável. Precedentes.

2. Os beneficiários da Justiça gratuita devem ser condenados aos ônus da sucumbência, com a ressalva de que essa condenação se faz nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50 que, como decidido por esta Corte no RE 184.841, foi recebido pela atual Constituição por não ser incompatível com o artigo 5º, LXXIV, da Constituição. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE-AgR 514451, MINISTRO RELATOR EROS GRAU, votação unânime, 2ª TURMA, STF, julgado em 11.12.2007).

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *NEGAR PROVIMENTO* ao recurso de apelação da parte autora, nos termos anteriormente expendidos.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0004254-92.2013.4.03.6126

(2013.61.26.004254-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: JOSÉ SILVIO BELLOMI

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: ApelReex 2058813

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONTRATOS DE TRABALHO REGISTRADOS EM CTPS E NÃO LANÇADOS NO CNIS. ATIVIDADE ESPECIAL. DENTISTA.

1. Os contratos de trabalho registrados em CTPS, independente de constarem ou não dos dados assentados no CNIS, devem ser contados, pela Autarquia Previdenciária, como tempo de contribuição, em consonância com o comando expresso no Art. 19, do Decreto 3.048/99 e no Art. 29, § 2º, letra “d”, da Consolidação das Leis do Trabalho.
2. O recolhimento das contribuições previdenciárias decorre de uma obrigação legal que incumbe à autarquia fiscalizar. Não efetuados os recolhimentos pelo empregador, ou não constantes nos registros do CNIS, não se permite que tal fato resulte em prejuízo ao segurado, imputando-se a este o ônus de comprová-los.
3. Até 29/04/95 a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. A partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10/12/1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física. Após 10/12/1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho. Quanto aos agentes ruído e calor, o laudo pericial sempre foi exigido.
4. O uso do equipamento de proteção individual - EPI pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido. (STF, ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04/12/2014, DJe-029 DI-VULG 11/02/2015 Public 12/02/2015).
5. Possibilidade de conversão de atividade especial em comum, mesmo após 28/05/98.
6. Admite-se como especial a atividade de dentista, com exposição a agentes biológicos, como previsto no item 2.1.3 do Decreto 53.831/64 e itens 1.3.4 do Anexo I e 2.1.3 do Anexo II do Decreto 83.080/79.
7. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

8. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.
9. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.
10. Remessa oficial provida em parte e apelação desprovida.

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 remessa oficial e negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de abril de 2017.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de remessa oficial e apelação em ação de conhecimento, em que se pleiteia a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento do período comum de 02.04.73 a 06.09.74 e especial de 01.08.80 a 28.04.95.

O MM Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o réu a conceder a aposentadoria integral por tempo de contribuição ao autor desde 27.08.04, e pagar as prestações em atraso com correção monetária juros de mora, e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação consoante a Súmula 111 do STJ, observada a prescrição quinquenal.

Inconformado, apela o réu, pleiteando a reforma da r. sentença.

Subiram os autos, sem contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Para a obtenção da aposentadoria integral exige-se o tempo mínimo de contribuição (35 anos para homem, e 30 anos para mulher) e será concedida levando-se em conta somente o tempo de serviço, sem exigência de idade ou pedágio, nos termos do Art. 201, § 7º, I, da CF.

Por sua vez, a Emenda Constitucional 20/98 assegura, em seu Art. 3º, a concessão de aposentadoria proporcional aos que tenham cumprido os requisitos até a data de sua publicação, em 16/12/98. Neste caso, o direito adquirido à aposentadoria proporcional, faz-se necessário apenas o requisito temporal, ou seja, 30 (trinta) anos de trabalho no caso do homem e 25 (vinte e cinco) no caso da mulher, requisitos que devem ser preenchidos até a data da publicação da referida emenda, independentemente de qualquer outra exigência.

Em relação aos segurados que se encontram filiados ao RGPS à época da publicação da EC 20/98, mas não contam com tempo suficiente para requerer a aposentadoria - proporcional ou integral - ficam sujeitos às normas de transição para o cômputo de tempo de serviço. Assim, as regras de transição só encontram aplicação se o segurado não preencher os requisitos necessários antes da publicação da emenda. O período posterior à Emenda Constitucional 20/98 poderá ser somado ao período anterior, com o intuito de se obter aposentadoria proporcional, se forem observados os requisitos da idade mínima (48 anos para mulher e 53 anos para homem) e período adicional (pedágio), conforme o Art. 9º, da EC 20/98.

Os contratos de trabalho registrados na CTPS, independente de constarem ou não dos dados assentados no CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, devem ser contados, pela Autarquia Previdenciária, como tempo de contribuição, em consonância com o comando expresso no Art. 19, do Decreto 3.048/99 e no Art. 29, § 2º, letra “d”, da Consolidação das Leis do Trabalho, assim redigidos:

Art. 19. A anotação na Carteira Profissional ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social e, a partir de 10 de julho de 1994, os dados constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS valem para todos os efeitos como prova de filiação à Previdência Social, relação de emprego, tempo de serviço ou de contribuição e salários-de-contribuição e, quando for o caso, relação de emprego, podendo, em caso de dúvida, ser exigida pelo Instituto Nacional do Seguro Social a apresentação dos documentos que serviram de base à anotação. (Redação dada pelo Decreto nº 4.079, de 2002). (destaques não são do original).

Art. 29 - A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especificamente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, sendo facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 1º As anotações concernentes à remuneração devem especificar o salário, qualquer que seja sua forma de pagamento, seja ele em dinheiro ou em utilidades, bem como a estimativa da gorjeta. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º - As anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social serão feitas: (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

a) na data-base; (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

b) a qualquer tempo, por solicitação do trabalhador; (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

c) no caso de rescisão contratual; ou (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

d) necessidade de comprovação perante a Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

Nessa esteira caminha a jurisprudência desta Corte Regional, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC) - APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR URBANO. CARÊNCIA.

1. As anotações na CTPS - Carteira de Trabalho e Previdência Social, as quais gozam de presunção legal de veracidade juris tantum, comprovam que a autora exerceu atividade urbana por mais de 127 meses de trabalho, restando demonstrada a carência exigida, não havendo, portanto, que se falar em erro material a ser corrigido.

2- Agravo improvido.

(AC - 1341393 - Proc. 2008.03.99.040493-3/SP, 9ª Turma, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, j. 20.07.2009, DJF3 CJ1 05.08.2009 pág. 1200).

No mesmo sentido, colaciono os seguintes julgados de outros Tribunais Regionais Federais e do c. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO URBANO. CTPS. PROVA PLENA DE VERACIDADE. SÚMULA Nº 12/TST. PRESSUPOSTOS CONFIGURADOS. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS.

1. As anotações na CTPS gozam de presunção “juris tantum” de veracidade, nos termos da Súmula nº 12/TST, de modo que constituem prova plena do serviço prestado nos períodos nela mencionados. Precedentes desta Corte.
2. Havendo o autor comprovado o exercício de tempo de serviço por meio de contratos de trabalho anotados em sua CTPS, faz jus à concessão de aposentadoria por tempo de serviço.
3. O período a ser considerado para fins de averbação pela Autarquia Previdenciária é 22.03.1961 a 26.06.1967.
4. (...).
6. O INSS é isento do pagamento de custas processuais, nos termos do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620, de 05.01.93.
7. Apelação do Réu improvida. Remessa oficial parcialmente provida. (TRF 1ª Reg. AC - 200033000096140, 2ª Turma, j. 08.03.2006, DJ 30.03.2006 pág. 20);

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DECADÊNCIA. TEMPO DE SERVIÇO URBANO. REGISTRO EM CTPS. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. ATIVIDADE ESPECIAL. CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM. MAJORAÇÃO DE RMI DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO.

1. Os benefícios deferidos antes de 27-06-1997 (data da edição da Medida Provisória 1523-9) não estão sujeitos a prazo decadencial e, para os concedidos posteriormente, o referido prazo é de dez anos.
2. O registro constante na CTPS goza da presunção de veracidade juris tantum, devendo a prova em contrário ser inequívoca, constituindo, desse modo, prova plena do serviço prestado nos períodos ali anotados.
3. Uma vez exercida atividade enquadrável como especial, sob a égide da legislação que a ampara, o segurado adquire o direito ao reconhecimento como tal e ao acréscimo decorrente da sua conversão em comum.
4. Constando dos autos a prova necessária a demonstrar o exercício de atividade sujeita a condições especiais, conforme a legislação vigente na data da prestação do trabalho, deve ser reconhecido o respectivo tempo de serviço e majorada a aposentadoria por tempo de serviço do segurado. (TRF - 4ª Reg. APELREEX 200971040004140, 6ª Turma, j. 16.12.2009, DE 14.01.2010) e

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. EMPREGADO RURAL. CTPS. PROVA. CARÊNCIA. EXIGIBILIDADE.

I - O obreiro enquadrado como empregado rural, comprovado pela CTPS, conforme art. 16, do Decreto 2.172/97, e preenchendo os requisitos legais, tem direito a aposentadoria por tempo de serviço.

II - Não há falar-se em carência ou contribuição, vez que a obrigação de recolher as contribuições junto ao INSS é do empregador.

III - Recurso não conhecido.

(STJ - REsp 263425/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 21.08.2001, DJ 17.09.2001 pág. 182).

O recolhimento das contribuições devidas ao INSS decorre de obrigação legal que incumbe à autarquia fiscalizar. Não efetuados os recolhimentos pelo empregador, ou não cons-

tantes nos registros do CNIS, não se permite que tal fato resulte em prejuízo ao segurado, imputando-se a este o ônus de comprová-los.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. EMPREGADA DOMÉSTICA. CARÊNCIA. COMPROVAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. O recolhimento da contribuição devida pela empregada doméstica é responsabilidade do empregador, cabendo ao INSS fiscalizar e exigir o cumprimento de tal obrigação.
2. Preenchidos os seus demais requisitos, não se indefere pedido de aposentadoria por idade quando, exclusivamente, não comprovado o efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas (Lei 8213/91, art. 36).
3. Recurso Especial conhecido mas não provido.
(RESP 200000822426, EDSON VIDIGAL, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA: 04/12/2000 PG: 00098 RST VOL.: 00140 PG: 00068 ..DTPB:.);

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REDUÇÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CUSTAS: ISENÇÃO.

1. Não pode o INSS deixar de considerar os salários-de-contribuição informados pelo autor, apenas sob o argumento de que o recolhimento das contribuições respectivas não consta do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS .
2. A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias é do empregador, cabendo a fiscalização ao INSS, não devendo tais irregularidades ser imputadas ao autor.
3. Na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações estão isentos do pagamento de custas (Lei 9.289/96, art. 4º, I).
4. Apelação a que se nega provimento e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá parcial provimento.
(AC 200233000124515, JUIZ FEDERAL MANOEL JOSÉ FERREIRA NUNES (CONV.), TRF1 - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 10/04/2006 PAGINA: 22.)

No caso concreto, o autor comprovou vínculo empregatício com a Caixa Econômica do Estado de São Paulo de 02.04.73 a 06.09.74, conforme anotação em CTPS (fl. 207).

A questão tratada nos autos também diz respeito ao reconhecimento do tempo trabalhado em condições especiais, objetivando a concessão de benefício de aposentadoria especial prevista no Art. 57, da Lei 8.213/91.

Define-se como atividade especial aquela desempenhada sob certas condições peculiares - insalubridade, penosidade ou periculosidade - que, de alguma forma cause prejuízo à saúde ou integridade física do trabalhador.

A contagem do tempo de serviço rege-se pela legislação vigente à época da prestação do serviço.

Até 29/4/95, quando entrou em vigor a Lei 9.032/95, que deu nova redação ao Art. 57, § 3º, da Lei 8.213/91, a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, nos termos do Art. 295 do Decreto 357/91; a partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10.03.1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física; após 10.03.1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico

das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho, consoante o Art. 58 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97. Quanto aos agentes ruído e calor, é de se salientar que o laudo pericial sempre foi exigido.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DO PERÍODO LABORADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. LEI Nº 9.711/1998. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. LEIS NºS 9.032/1995 E 9.528/1997. OPERADOR DE MÁQUINAS. RUÍDO E CALOR. NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. ENUNCIADO Nº 7/STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A tese de que não foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso especial resta afastada, em razão do dispositivo legal apontado como violado.

2. Até o advento da Lei nº 9.032/1995 é possível o reconhecimento do tempo de serviço especial em face do enquadramento na categoria profissional do trabalhador. A partir dessa lei, a comprovação da atividade especial se dá através dos formulários SB-40 e DSS-8030, expedidos pelo INSS e preenchidos pelo empregador, situação modificada com a Lei nº 9.528/1997, que passou a exigir laudo técnico.

3. Contudo, para comprovação da exposição a agentes insalubres (ruído e calor) sempre foi necessário aferição por laudo técnico, o que não se verificou nos presentes autos.

4. A irrisignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice na Súmula nº 7 desta Corte.

5. Agravo regimental.

(STJ, AgRg no REsp 877.972/SP, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 30/08/2010).

Atualmente, no que tange à comprovação de atividade especial, dispõe o § 2º, do Art. 68, do Decreto 3.048/99, que:

Art. 68 (...)

§ 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 26/11/2001).

Assim sendo, não é mais exigido que o segurado apresente o laudo técnico, para fins de comprovação de atividade especial, basta que forneça o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, assinado pela empresa ou seu preposto, o qual reúne, em um só documento, tanto o histórico profissional do trabalhador como os agentes nocivos apontados no laudo ambiental que foi produzido por médico ou engenheiro do trabalho.

Por fim, ressalte-se que o formulário extemporâneo não invalida as informações nele contidas. Seu valor probatório remanesce intacto, haja vista que a lei não impõe seja ele contemporâneo ao exercício das atividades. A empresa detém o conhecimento das condições insalubres a que estão sujeitos seus funcionários e por isso deve emitir os formulários ainda que a qualquer tempo, cabendo ao INSS o ônus probatório de invalidar seus dados.

Em relação ao agente ruído, os Decretos 53.831/64 e 83.080/79 consideravam nociva à saúde a exposição em nível superior a 80 decibéis. Com a alteração introduzida pelo Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, passou-se a considerar prejudicial aquele acima de 90 dB. Posterior-

mente, com o advento do Decreto 4.882, de 18.11.2003, o nível máximo tolerável foi reduzido para 85 dB (Art. 2º, do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

Estabelecido esse contexto, esclareço que, anteriormente, manifestei-me no sentido de admitir como especial a atividade exercida até 05/03/1997, em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 decibéis, e a partir de tal data, aquela em que o nível de exposição foi superior a 85 decibéis, em face da aplicação do princípio da igualdade.

Contudo, em julgamento recente, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a questão submetida ao rito do Art. 543-C do CPC, decidiu que no período compreendido entre 06.03.1997 e 18.11.2003, considera-se especial a atividade com exposição a ruído superior a 90 dB, nos termos do Anexo IV do Decreto 2.172/97 e do Anexo IV do Decreto 3.048/1999, não sendo possível a aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o nível para 85 dB (REsp 1398260/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Por conseguinte, em consonância com o decidido pelo C. STJ, é de ser admitida como especial a atividade em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 decibéis até 05/03/1997, e 90 decibéis no período entre 06/03/1997 e 18/11/2003 e, a partir de então até os dias atuais, em nível acima de 85 decibéis.

No que diz respeito ao uso de equipamento de proteção individual, insta observar que este não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido: TRF3, AMS 2006.61.26.003803-1, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, DJF3 04/03/2009, p. 990; APELREE 2009.61.26.009886-5, Relatora Desembargadora Federal Leide Pólo, 7ª Turma, DJF 29/05/09, p. 391.

Ainda que o laudo consigne a eliminação total dos agentes nocivos, é firme o entendimento desta Corte no sentido da impossibilidade de se garantir que tais equipamentos tenham sido utilizados durante todo o tempo em que executado o serviço, especialmente quando seu uso somente tornou-se obrigatório com a Lei 9732/98.

Igualmente nesse sentido:

A menção nos laudos técnicos periciais, por si só, do fornecimento de EPI e sua recomendação, não tem o condão de afastar os danos inerentes à ocupação. É que tal exigência só se tornou efetiva em 11 de dezembro de 1998, com a entrada em vigor da Lei nº 9.732, que alterou a redação do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Ademais, é pacífico o entendimento de que a simples referência aos EPI's não elide o enquadramento da ocupação como especial, já que não se garante sua utilização por todo o período abrangido, principalmente levando-se em consideração que o lapso temporal em questões como a presente envolve décadas e a fiscalização, à época, nem sempre demonstrou-se efetiva, não se permitindo concluir que a medida protetória permite eliminar a insalubridade.

(TRF3, AI 2005.03.00.082880-0, 8ª Turma, Juíza Convocada Márcia Hoffmann, DJF3 CJ1 19/05/2011, p: 1519).

Por demais, em recente julgamento proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em tema com repercussão geral reconhecido pelo plenário virtual no ARE 664335/SC, restou decidido que o uso do equipamento de proteção individual - EPI, pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido.

A propósito, transcrevo os seguintes tópicos da ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(...)

11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial *review*. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete.

12. *In casu*, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. ...

13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores.

14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

15. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário.

(ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04/12/2014, DJe-029 DIVULG 11-02-2015 Public 12-02-2015).

Cabe ressaltar que a necessidade de comprovação de trabalho “não ocasional nem intermitente, em condições especiais” passou a ser exigida apenas a partir de 29/4/1995, data em que foi publicada a Lei 9.032/95, que alterou a redação do Art. 57, § 3º, da lei 8.213/91, não podendo, portanto, incidir sobre períodos pretéritos. Nesse sentido: TRF3, APELREE 2000.61.02.010393-2, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, 10ª Turma, DJF3 30/6/2010, p. 798 e APELREE 2003.61.83.004945-0, Relator Desembargador Federal Maria-nina Galante, 8ª Turma, DJF3 22/9/2010, p. 445.

No mesmo sentido colaciono recente julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE A AGENTES NOCIVOS EXIGIDA SOMENTE A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI Nº 9.032/95. EXPOSIÇÃO EFETIVA AO AGENTE DANOSO. SÚMULA 7/STJ.

1. A alegação recursal de que a exposição permanente ao agente nocivo existe desde o Decreto 53.831/64 contrapõe-se à jurisprudência do STJ no sentido de que “somente após a entrada em vigor da Lei nº 9.032/95 passou a ser exigida, para a conversão do tempo especial em comum, a comprovação de que a atividade laboral tenha se dado sob a exposição a fatores insalubres de forma habitual e permanente” (AgRg no REsp 1.142.056/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/9/2012, DJe 26/9/2012).

2. Segundo se extrai do voto condutor, o exercício da atividade especial ficou provado e, desse modo, rever a conclusão das instâncias de origem no sentido de que o autor estava exposto de modo habitual e permanente a condições perigosas não é possível sem demandar o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, sob pena de afronta ao óbice contido na Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 547.559/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/10/2014).

Quanto à eventual ausência de fonte de custeio ou falta de contribuição previdenciária do trabalho em atividade especial, trazido no apelo da autarquia, cumpre ressaltar que o trabalhador empregado é segurado obrigatório do regime previdenciário, sendo que os recolhimentos das contribuições constituem ônus do empregador.

Nesse sentido, colaciono recente julgado desta Corte Regional:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECONHECIMENTO DE PERÍODO TRABALHADO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS.

I - 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.

II - No tocante à necessidade de prévia fonte de custeio, saliente-se que, em se tratando de empregado, sua filiação ao sistema previdenciário é obrigatória, assim como o recolhimento das contribuições respectivas, gerando a presunção de seu recolhimento pelo empregador, nos termos do artigo 30, I, da Lei 8.212/91. Ainda que o recolhimento não tenha se dado ou efetuado a menor, não pode o trabalhador ser penalizado, uma vez que a autarquia previdenciária possui meios próprios para receber seus créditos.

III - Agravo do INSS improvido (art. 557, § 1º, do CPC).

(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1947696 - Proc. 0006348-97.2014.4.03.9999/SP, 10ª Turma, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, j. 24/06/2014, e-DJF3 Judicial 1 Data: 02/07).

Tecidas essas considerações gerais a respeito da matéria, passo a análise da documentação do caso em tela.

Assim fazendo, verifico que o autor comprovou que exerceu, na condição de autônomo, a profissão de dentista, com habitualidade e permanência, no período de 01.08.80 a 28.04.95, exposto a agentes biológicos, por enquadramento no item 2.1.3 do Decreto 53.831/64 e itens 1.3.4 do Anexo I e 2.1.3 do Anexo II do Decreto 83.080/79.

Para tanto, juntou aos autos orçamentos de serviços odontológicos de fls. 45/50, comprovante de cadastramento de fls. 112 e 115/117, bem como diploma de sua graduação em Odontologia e respectivo registro em Conselho Regional (fls. 40/44).

Desta forma, somados os períodos comuns aos laborados sob condições especiais convertidos em comuns, perfaz o autor mais de 35 anos de tempo de contribuição, suficiente para a concessão de aposentadoria integral por tempo de contribuição, desde o requerimento administrativo (27.08.04 - fl. 16).

Destarte, é de se manter a r. sentença quanto à matéria de fundo, devendo o réu averbar no cadastro do autor o tempo de serviço comum de 02.04.73 a 06.09.74 e como trabalhado em condições especiais o período de 01.08.80 a 28.04.95, conceder o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, a partir de 27.08.04, e pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

Convém alertar que das prestações vencidas devem ser descontadas aquelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei nº 8.213/91, assim como eventual período em que o autor tenha exercido atividade insalubre, após a citação ou a implantação do benefício.

Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial para adequar os honorários advocatícios e nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0005429-35.2014.4.03.6111

(2014.61.11.005429-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 92/94

Interessados: JULIA DE SOUZA CRUVINEL (incapaz) E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AC 2126770

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2017

EMENTA

AGRAVO. ART. 1.021 DO CPC/2015. PREVIDENCIÁRIO. AUXILIO-RECLUSÃO. PRISÃO OCORRIDA NO ASSIM DENOMINADO “PERÍODO DE GRAÇA”. CRITÉRIO A SER UTILIZADO PARA AFERIÇÃO DA RENDA. AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

- A controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão agravada.

- A insurgência é relativa ao critério utilizado para se aferir a possibilidade de concessão do benefício.

- Como já explicitado, anteriormente considere que a tese do INSS teria sustentação. Contudo, em recentes julgados do STJ, como consta da decisão, tal entendimento foi refutado, o que também ocorre na Nona Turma.

- Assim sendo, passei a adotar o entendimento da Nona Turma, com ressalva do entendimento pessoal. Não se trata no caso de hipótese de retroação para aferição de parâmetro, e sim de utilização do parâmetro renda zero, na data da prisão.

- Tendo em vista que a decisão se pronunciou sobre todas as questões suscitadas, não há que se falar em sua alteração.

- Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto da decisão, limitando-se a reproduzir argumento visando rediscutir a matéria nele decidida.

- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2017.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

O INSS interpõe agravo com fundamento no art. 1.021 do CPC/2015, contra decisão que, reconsiderando julgamento anterior, negou provimento à sua apelação e à remessa oficial, tida por interposta, mantendo a concessão do benefício e a antecipação de tutela anteriormente deferida, em ação objetivando o recebimento de auxílio-reclusão.

Alega o INSS que o desemprego dentro do período de graça não autoriza a interpretação de que a renda mensal do recluso seria zero, devendo ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício a última remuneração integral, antes do encarceramento.

Dada oportunidade de apresentação das contrarrazões (art. 1.021, § 2º, do CPC/2015).

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

A decisão ora agravada analisou a matéria nos seguintes termos:

Os autores interpõem agravo com base no art. 557 do CPC/1973 e no Regimento Interno deste Tribunal, pleiteando seja reconsiderada a decisão que deu provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, tida por interposta, para julgar improcedente o pedido de concessão de auxílio-reclusão, revogando expressamente a tutela anteriormente concedida.

Sustentam que a questão relativa ao salário de contribuição a ser utilizado como parâmetro, no caso específico de segurado que se encontrava desempregado quando da reclusão, é controversa, alegando que, em tais casos, o benefício é devido, porque o recluso continuou desempregado até o encarceramento, sem auferir renda. Cita recentes julgados do STJ em tal sentido. Dada oportunidade de apresentação das contrarrazões (art. 1.021, § 2º, do CPC/2015), não houve manifestação.

Feito o breve relatório, decido.

A decisão foi proferida na vigência do antigo CPC, regradada a análise pelas disposições então vigentes. Nos termos do Enunciado Administrativo 2 do STJ, considera-se a data de sua publicação para tal fim.

Anteriormente, entendi não ser o caso de se considerar que, inexistindo salário de contribuição no mês da reclusão, a renda do segurado seria zero.

Isso porque considerava necessária a existência de um parâmetro concreto, e não fictício, para a apuração da renda.

Porém, o STJ, em reiteradas decisões, tem se manifestado de maneira diversa, aceitando expressamente a ausência de registro em CTPS como prova da condição de baixa renda do recluso, com o que passo a adotar entendimento diverso, ressaltando entendimento pessoal:

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CRITÉRIO ECONÔMICO PARA CONCESSÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO.

Na análise de concessão do auxílio-reclusão a que se refere o art. 80 da Lei 8.213/1991, o fato de o recluso que mantenha a condição de segurado pelo RGPS (art. 15 da Lei 8.213/1991) estar desempregado ou sem renda no momento do recolhimento à prisão indica o atendimento ao requisito econômico da baixa renda, independentemente do valor do último salário de contribuição.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Estado entendeu por bem amparar os que dependem do segurado preso e definiu como critério econômico para a concessão do benefício a baixa renda do segurado (art. 201, IV, da CF). Diante disso, a EC 20/1998 estipulou um valor fixo como critério de baixa renda que todos os anos é corrigido pelo Ministério da Previdência Social. De fato, o art. 80 da Lei 8.213/1991 determina que o auxílio-reclusão será devido quando o segurado recolhido à prisão ‘não receber remuneração da empresa’. Da mesma forma, ao regulamentar a concessão do benefício, o § 1º do art. 116 do Decreto 3.048/1999 estipula que ‘é devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário de contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado’. É certo que o critério econômico da renda deve ser constatado no momento da reclusão, pois é nele que os dependentes sofrem o baque da perda do provedor. Ressalte-se que a jurisprudência do STJ assentou posição de que os requisitos para a concessão do benefício devem ser verificados no momento do recolhimento à prisão, em observância ao princípio *tempus regit actum* (AgRg no REsp 831.251-RS, Sexta Turma, DJe 23/5/2011; REsp 760.767-SC, Quinta Turma, DJ 24/10/2005; e REsp 395.816-SP, Sexta Turma, DJ 2/9/2002)”. (REsp 1.480.461-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23/9/2014).

A questão é tema de julgamento em repercussão geral, cuja análise ainda não foi concretizada, quanto ao mérito:

“O recurso especial discute questão relativa à definição do critério de renda (se o último salário de contribuição ou a ausência de renda) do segurado que não exerce atividade remunerada abrangida pela Previdência Social no momento do recolhimento à prisão para a concessão do benefício de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991), afetada pelo Ministro Herman Benjamin, sob o rito dos recursos repetitivos, à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça nos autos dos Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.485.416/SP e 1.485.417/MS (DJe 10/10/2014), vinculados ao Tema nº 896.

Assim, é imperiosa a devolução dos autos ao eg. Tribunal de origem para observância da sistemática dos recursos repetitivos, consoante determina o art. 2º da Resolução STJ nº 17, de 4 de setembro de 2013, *verbis*:

‘Art. 2º Verificada a subida de recursos fundados em controvérsia idêntica a controvérsia já submetida ao rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, o presidente poderá:

I determinar a devolução ao tribunal de origem, para nele permanecerem sobrestados os casos em que não tiver havido julgamento do mérito do recurso recebido como representativo de controvérsia;

II determinar a devolução dos novos recursos ao tribunal de origem, para os efeitos dos incisos I e II do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil, ressalvada a hipótese do § 8º do referido artigo, se já proferido julgamento do mérito do recurso representativo da controvérsia’.

Ante o exposto, determino a devolução dos autos à origem, onde deve permanecer suspenso o recurso especial, até o pronunciamento definitivo do STJ sobre o tema, e, após, observe-se a sistemática prevista nos arts. 1.040 e 1.041 do CPC.

Publique-se. Intimem-se”.

(REsp 1585077, Relator Ministro Francisco Falcão, publicação em 14/04/2016).

Conforme o entendimento dominante do STJ, ao qual passo a aderir com ressalva, quando o recluso mantém a qualidade de segurado e comprova o desemprego na data do encarceramento, fica assegurado o recebimento do benefício aos dependentes, pelo princípio *in dubio pro misero*.

Atendidos tais requisitos, concedo o benefício, porque mantida a qualidade de segurado do recluso quando da reclusão.

O termo inicial do benefício é a data da reclusão, em se tratando de dependente absolutamente incapaz (AC 2003.61.13.004265-3, Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, DJU 21.12.2005), contra o qual não corre prescrição nem decadência.

A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.

Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97.

As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

RECONSIDERO a decisão de fls. 84/86, nos termos do art. 557, § 2º, do CPC-1973, com o que NEGOU PROVIDO à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, mantendo a concessão do benefício e a antecipação da tutela anteriormente deferida. Fixo a correção monetária e os juros como segue. A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos. Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

JULGO PREJUDICADO o agravo legal.

O INSS deve proceder à imediata reimplantação do benefício. Oficie-se à autoridade administrativa para cumprir a ordem judicial no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, a ser oportunamente fixada em caso de descumprimento.

Recluso: Marcos Roberto Cruvinel

Beneficiado: Julia de Souza Cruvinel e outros

CPF da representante legal dos beneficiados: 262.698.618-61

RMI: já calculada pelo INSS (trata-se de restabelecimento de tutela relativa à concessão de auxílio-reclusão)

Intimem-se.

A insurgência é relativa ao critério utilizado para se aferir a possibilidade de concessão do benefício.

Como já explicitado, anteriormente considerei que a tese do INSS teria sustentação. Contudo, em recentes julgados do STJ, como consta da decisão, tal entendimento foi refutado, o que também ocorre na Nona Turma.

Assim sendo, passei a adotar o entendimento da Nona Turma, com ressalva do entendimento pessoal. Não se trata no caso de hipótese de retroação para aferição de parâmetro, e sim de utilização do parâmetro renda zero, na data da prisão.

Como a decisão se pronunciou sobre todas as questões suscitadas, não há que se falar em sua alteração.

Nesse sentido, o julgamento do AgRg. em MS 2000.03.00.000520-2, relatora a Des. Fed. Ramza Tartuce, *in* RTRF 49/112:

Esta Corte Regional já firmou entendimento no sentido de não alterar decisão do Relator, quando solidamente fundamentada (...) e quando nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

O STJ, em recente acórdão, bem explicitou o alcance do art. 489 do CPC/2015 e a inaplicabilidade de questionamentos embasados apenas em motivação diversa daquela adotada pelo Relator:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. Argumenta-se que as questões levantadas no agravo denegado, capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada monocraticamente, não foram analisadas pelo acórdão embargado (art. 489 do CPC/2015). Entende-se, ainda, que o art. 1.021, § 3º, do CPC/2015 veda ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

3. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. Documento: 1520339 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 03/08/2016 P

4. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDcl no AgRg nos Embargos de Divergência em RESP 1.483.155 - BA (2013/0396212-4), Relator Ministro OG Fernandes, DJe 03/08/2016).

A decisão agravada está de acordo, inclusive, com o disposto no art. 1.021 do CPC/2015, § 3º, baseado no princípio da dialética recursal. Inexiste qualquer vício a justificar a sua reforma.

NEGO PROVIMENTO ao agravo.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000416-48.2015.4.03.6005
(2015.60.05.000416-7)

Apelante: KAREM DANIELI FIGUEREDO MAGALHÃES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AMS 363852
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2017

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SALÁRIO-MATERNIDADE. CONTRATO POR TEMPO DETERMINADO. PRESTADORA DE SERVIÇOS. ART. 97 DO DECRETO Nº 6.122/2007. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS. MATO GROSSO DO SUL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

- Caracterizada a qualidade de segurada da Previdência Social na condição de prestadora de serviços por contrato de trabalho determinado, o benefício é devido.
- Nos termos do art. 97 do Regulamento da Previdência Social com a redação conferida pelo Decreto nº 6.122/2007, o benefício deverá ser pago pela autarquia previdenciária.
- Sem condenação em honorários advocatícios, incabíveis na via eleita.
- No Estado do Mato Grosso do Sul vige a Lei Estadual/MS nº 3.779, de 11.11.2009, que prevê expressamente o pagamento de custas pela autarquia previdenciária, *as quais devem ser recolhidas ao final do feito, pela parte vencida.*
- Apelação da impetrante provida para conceder a segurança.

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, 04 de abril de 2017.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por *Karem Danieli Figueiredo Magalhães* em face de ato praticado pela Secretaria da Administração do Município de Bela Vista/MS, objetivando o pagamento do benefício de salário-maternidade.

Em decisão liminar, o MM. Juiz *a quo* determinou a emenda da petição inicial para regularizar o pólo passivo da demanda (fl. 28).

Diante da ausência de risco de perecimento do direito e da notificação da autoridade impetrada, a liminar foi indeferida.

A autoridade impetrada prestou informações juntando aos autos processo administrativo referente à concessão de salário-maternidade e posterior revogação do benefício, uma vez que a impetrante goza de estabilidade provisória, devendo o empregador realizar o pagamento dos valores, e não o INSS (fls. 53/95).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 104/106 opinando pela não caracterização de interesse público a justificar a sua intervenção no feito.

A r. sentença de fls. 108/110 extinguiu o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil/1973, considerando que é dever da Municipalidade pagar o salário-maternidade.

Apela a impetrante, alegando, em síntese que, embora seja responsabilidade direta da empresa o pagamento do salário-maternidade, o responsável pelo encargo é o INSS, considerando que as empresas são ressarcidas no momento do recolhimento das contribuições. Pugna pela reforma da sentença para que seja concedida a segurança.

Sem as contrarrazões, os autos foram enviados a este Tribunal.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 131/135 opinando pela manutenção da sentença, nos termos do art. 485, I, do CPC vigente.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Objetiva o impetrante o pagamento do salário-maternidade NB: 80/132.611.935-1, em virtude do nascimento de seu filho, Marcos Davi Magalhães Dutra, ocorrido em 18/09/2014 (fl. 13).

O benefício previdenciário denominado salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, seja ela empregada, trabalhadora avulsa, empregada doméstica, contribuinte individual, facultativa ou segurada especial, durante cento e vinte dias, com início no período entre vinte e oito dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação concernente à proteção à maternidade, nos termos do art. 71 da Lei n° 8.213/91, com a redação dada pela Lei n° 10.710/03.

Para a segurada empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica, o benefício do salário-maternidade independe de carência (artigo 26, inciso VI, da Lei n° 8.213/91).

Somente para a segurada contribuinte individual e para a segurada facultativa é exigida a carência de 10 (dez) contribuições mensais, de acordo com o artigo 25, inciso III, da Lei n° 8.213/91, com a redação conferida pela Lei n° 9.876, de 26/11/99.

No presente caso, o que se discute é a concessão de salário-maternidade à segurada prestadora de serviços de professora, contratada pela Prefeitura de Bela Vista a título precário, mediante contratação por tempo determinado, com contrato encerrado em 30/06/2014 (fls. 15/17).

Ressalte-se que o art. 71, da Lei nº 8.213/91 contempla todas as seguradas da Previdência com o benefício, não havendo restrição imposta à segurada com término de contrato de trabalho.

De acordo com as informações do CNIS juntado às fls. 70/75, verificou-se que o último intervalo de recolhimento foi de 02/2014 e 03/2014, realizado pelo Município de Bela Vista ao Regime Geral da Previdência Social, sendo que pelo período de 05/03/2014 a 30/08/2014 a impetrante esteve em gozo de auxílio-doença previdenciário (fl. 75 - NB 31/605.366.932-0).

Portanto, não há que se discutir acerca da qualidade de segurada da Previdência Social.

Cabe esclarecer que a antiga redação do art. 97 do Decreto nº 3.048/99, que dispunha que o benefício do salário-maternidade somente seria devido em caso da existência de relação de emprego era criticado pela doutrina e pela jurisprudência, porquanto criava uma restrição que não havia sido feita na redação atual da Lei nº 8.213/91.

A atual redação do art. 97 do Regulamento da Previdência Social conferida pelo Decreto nº 6.122, de junho de 2007 dispõe:

Art. 97. O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela previdência social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa.

Parágrafo único. Durante o período de graça a que se refere o art. 13, a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social.

Nessas condições, demonstrada a manutenção da qualidade de segurada e comprovado o nascimento do filho da autora, o benefício previdenciário de salário-maternidade deve ser concedido.

No mais, observo, ainda, que a impetrante recebeu parte do benefício de salário maternidade (fl. 63). Assim, cumpre ao INSS o pagamento dos valores faltantes.

Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o disposto na Lei nº 11.960/09 (*STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 870.947, 16/04/2015, Rel. Min. Luiz Fux*).

Sem condenação em honorários advocatícios, incabíveis na via eleita.

No que tange às custas processuais, no âmbito da Justiça Federal o INSS possui isenção de custas e emolumentos, nos termos do disposto no artigo 4º, I, da Lei nº 9.289/96, devendo reembolsar, quando vencido, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (art. 4º, parágrafo único).

Dispõe referida lei, em seu artigo 1º, § 1º, a cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição delegada, rege-se pela legislação estadual respectiva.

No Estado do Mato Grosso do Sul a isenção de custas era conferida ao INSS pelas Leis nºs 1.936/98 e 2.185/2000. Atualmente, no entanto, vige a Lei Estadual/MS nº 3.779, de 11.11.2009, que prevê expressamente o pagamento de custas pela autarquia previdenciária, *as quais devem ser recolhidas ao final do feito, pela parte vencida*, em consonância com o artigo 27 do Código de Processo Civil. Confira-se o disposto na norma estadual:

Art. 24. São isentos do recolhimento da taxa judiciária:

I - A União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações; (...)

§ 1º - A isenção prevista no inciso I deste artigo não dispensa o reembolso à parte vencedora das custas que efetivamente tiver suportado e nem se aplica ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

§ 2º - As custas processuais em relação ao INSS serão pagas, ao final, pelo vencido.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. JUSTIÇA ESTADUAL. CUSTAS. INSS. SÚMULA Nº 178/STJ. ISENÇÃO. LEI ESTADUAL. SÚMULA Nº 280/STF. APLICAÇÃO.

I - “O INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios, propostas na Justiça Estadual” (Súmula 178/STJ).

II - De outro lado, definir a extensão da isenção promovida por lei estadual na espécie demandaria a interpretação de lei local, vedada pela Súmula nº 280/STF. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1132546/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 05/10/2009);

PROCESSUAL CIVIL. ADIANTAMENTO DE CUSTAS. DEMANDA NA JUSTIÇA ESTADUAL. INSS. AUTARQUIA FEDERAL. PRIVILÉGIOS E PRERROGATIVAS DE FAZENDA PÚBLICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 27, DO CPC. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 178-STJ.

“O INSS, como autarquia federal, é equiparado à Fazenda Pública, em termos de privilégios e prerrogativas processuais, o que determina a aplicação do art. 27, do CPC, vale dizer, não está obrigado ao adiantamento de custas, devendo restituí-las ou pagá-las ao final, se vencido” (Precedentes).

“A não isenção enunciada por esta Corte (Súmula 178) não elide essa afirmação, pois o mencionado verbete apenas cristalizou o entendimento da supremacia da autonomia legislativa local, no que se refere a custas e emolumentos.” Recurso conhecido e provido.

(REsp 249.991/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 02/12/2002 p. 330);

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO E CÔNJUGE. QUALIDADE DE SEGURADO. RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS EM DATA POSTERIOR AO ÓBITO. ACORDO TRABALHISTA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. CUSTAS. APELAÇÃO PROVIDA.

(...)

XIV. A autarquia previdenciária não tem isenção no pagamento de custas na justiça estadual (Súmula 178 - STJ). Desta forma, nas ações em trâmite na Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, como é o caso dos autos, não há, na atualidade, previsão de isenção de custas para o INSS na norma local. Ao revés, atualmente vige a Lei Estadual/MS 3.779, de 11.11.2009, que prevê expressamente o pagamento de custas pelo INSS.

XV. Apelação provida.

(AC 2010.03.99.005436-9, Rel. Juíza Federal Convocada Marisa Cucio, Décima Turma, j. 09/11/2010, DJ 18/11/2010).

Assim, sendo vencido o INSS na demanda, é de rigor a condenação da autarquia ao reembolso das custas.

Vale ressaltar que é pacífico o entendimento de que o INSS, como Autarquia Federal,

é equiparada à Fazenda Pública, em termos de privilégios e prerrogativas processuais, o que determina a aplicação do art. 27, do Código de Processo Civil. Assim, não está obrigado ao adiantamento de custas processuais, devendo restituí-las ou pagá-las ao final, se vencido na demanda, nos termos da jurisprudência a seguir:

RECURSO ESPECIAL. FAZENDA PÚBLICA. INSS. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. ART. 27 DO CPC.

I - A Fazenda Pública está dispensada do prévio depósito de custas e despesas processuais, que serão pagas ao final pela parte vencida, a teor do disposto no art. 27 do CPC.

II - A disposição do art. 27 do CPC não trata de isenção do pagamento de custas ou despesas processuais, mas de dispensa à Fazenda Pública de efetuá-lo antecipadamente. Recurso especial provido.

(RESP 200602239419, Relator Ministro FELIX FISCHER, j. 03/04/2007, DJ DATA: 14/05/2007, p.00396);

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. INSS. JUSTIÇA ESTADUAL. PAGAMENTO ANTECIPADO DE CUSTAS. DISPENSA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE.

1. O INSS não está isento das custas devidas perante a Justiça estadual, mas só deverá pagá-las ao final da demanda, se vencido. Precedentes: REsp 897.042/PI, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 14.05.2007 e REsp 249.991/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 02.12.2002.

(...)

7. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(RESP 967626, Relator Ministro CASTRO MEIRA, j. 09/10/2007, DJE 27/11/2008);

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO ATENDIDA. PREPARO RECURSAL. ISENÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 27 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INSS. PRERROGATIVA. LEI Nº 8.620/1993. DECISÃO MANTIDA.

1. O Tribunal de origem decidiu sobre a matéria ao afastar a incidência da Lei nº 8.620/1993, segundo a qual a Autarquia Previdenciária possui as mesmas prerrogativas e privilégios assegurados à Fazenda Pública. Dessa forma, a exigência do prequestionamento foi atendida.

2. A Fazenda Pública está dispensada do depósito antecipado do montante referente a custas e emolumentos. Ficará obrigada ao pagamento no final da lide, caso vencida.

3. Agravo regimental improvido.

(AGRESP 200800523467, Relator Ministro JORGE MUSSI, j. 29/05/2008, DJE 04/08/2008).

Diante do exposto, *DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO* para determinar que o INSS restabeleça em favor de Karem Danieli Figueiredo Magalhaes o benefício de salário-maternidade (NB: 132.611.935-1/80), nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAILA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001314-12.2015.4.03.6183
(2015.61.83.001314-7)

Apelante: ANTONIO CONCEIÇÃO PORTELA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI

Classe do Processo: AC 2220714

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCONTO DOS VALORES REFERENTES AO PERÍODO EM QUE HOUVE RECOLHIMENTO PREVIDENCIÁRIO. TÍTULO EXECUTIVO QUE NÃO PREVÊ A COMPENSAÇÃO. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. APLICAÇÃO DO MANUAL DE CÁLCULOS EM VIGOR.

- O título exequendo diz respeito à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, com DIB em 30/06/2008 (data da cessação administrativa), com a compensação dos valores recebidos em função da tutela antecipada, em razão do impedimento de duplicidade, e com o pagamento das diferenças daí advindas, com correção monetária e juros de mora nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor.

- A aposentadoria por invalidez (DIB fixada em 30/06/2008) foi concedida por transformação do auxílio-doença NB 31/529.961.809-0, com DIB em 22/04/2008, de modo que sua RMI deve ser calculada conforme previsão do artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99.

- Inequívoco que devem ser compensadas as parcelas pagas administrativamente em período concomitante, sob pena de efetuar-se pagamento em duplicidade ao exequente, que acarretaria seu enriquecimento ilícito. O artigo 124 da Lei nº 8.213/91, veda o recebimento conjunto do auxílio-doença e qualquer aposentadoria.

- Conforme extrato CNIS juntado aos autos, houve recolhimentos em nome do autor, como empregado, na empresa Tupi Transportes Urbanos Piratininga Ltda entre 06/2003 a 09/2004, de 11/2004 a 06/2007, de 12/2008 a 04/2009 e de 09/2009 a 12/2010, de modo que há recolhimento de contribuições previdenciárias em concomitância com a concessão do benefício por incapacidade. No entanto, apesar de conhecida, a questão não foi debatida pela Autarquia no processo de conhecimento.

- Decisão proferida em sede de recurso representativo de controvérsia, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.235.513/AL), que pacificou a questão no sentido de que *nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objeto no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada.*

- Conforme determinação do título exequendo, a correção monetária e os juros moratórios devem ser aplicados nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos

para os Cálculos na Justiça Federal em vigor.

- Não se desconhece o julgamento do Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de 25/3/15, apreciou as questões afetas à modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade referentes às ADIs nºs 4.357 e 4.425, resolvendo que tratam apenas da correção e juros na fase do precatório. Por outro lado, no julgamento do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foi reconhecida a existência de nova repercussão geral sobre correção monetária e juros a serem aplicados na fase de conhecimento. Entendeu o E. Relator que essa questão não foi objeto das ADIs nºs 4.357 e 4.425, que, como assinalado, tratavam apenas dos juros e correção monetária na fase do precatório.

- Como a matéria ainda não se encontra pacificada, a correção monetária e os juros de mora incidem nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em obediência ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005 (*in casu*, o aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF), ao título exequendo e ao princípio do *tempus regit actum*.

- Os cálculos de liquidação devem ser refeitos, com o cálculo da RMI nos termos previstos no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, sem a compensação dos valores recebidos no período em que manteve vínculo empregatício, mas descontados os valores recebidos a título de auxílio-doença - NB 31/529.961.809-0 e NB 31/524.980.741-9, além dos valores recebidos a título de tutela antecipada, com aplicação da correção monetária nos termos da Resolução nº 267/2013 do CJF.

- Apelo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2017.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Cuida-se de apelação, interposta pela parte autora, em face da sentença de fls. 60/61, que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução para homologar os cálculos do contador no valor de R\$ 13.222,89, para fevereiro/2016. Fixada a sucumbência recíproca, condenou o INSS ao pagamento de honorários, fixados em 10% sobre o valor da causa, e condenou o embargado no mesmo percentual, aplicando a suspensão da exigibilidade do pagamento enquanto mantiver situação de insuficiência de recursos que deu causa à concessão do benefício da justiça gratuita.

Alega a parte autora que o título executivo previu tão somente a compensação dos valores recebido em função da tutela antecipada concedida, não sendo cabível o desconto de valores recebidos no período em que manteve vínculo empregatício, como apresentado pela

Contadoria, salientando que a matéria não foi sequer questionada pelo INSS. No que se refere à RMI, alega que a Contadoria se equivocou, apurando valores inferiores ao devido. Por fim, sustenta que a atualização monetária deve ser feita nos moldes da Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Pleiteia o acolhimento de sua conta.

Devidamente processados, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

O título exequendo diz respeito à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, no valor a ser apurado nos termos do art. 44, da Lei 8.213/91, com DIB em 30/06/2008 (data da cessação administrativa), com a compensação dos valores recebidos em função da tutela antecipada, em razão do impedimento de duplicidade, e com o pagamento das diferenças daí advindas, com correção monetária e juros de mora nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor. Verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a data da sentença.

Transitado em julgado o *decisum*, a autora apresentou conta de liquidação no valor total de R\$ 79.227,40, atualizada para 31.07.2014.

Citado nos termos do artigo 730 do CPC, o INSS opôs embargos à execução, acompanhado de cálculos no valor de R\$ 48.437,40, para 07/2014, com atualização monetária pela TR.

Remetidos os autos à Contadoria Judicial, apresentou cálculo no valor total de R\$ 13.222,89, atualizado até 02/2016, aplicando juros e correção monetária conforme Resolução nº 267/2013. Informou que o cálculo da RMI da aposentadoria por invalidez foi elaborado a partir da conversão do auxílio-doença recebido no período de 22/04/2008 a 15/09/2008, com aplicação do coeficiente de cálculo de 100%, descontados os valores recebidos a título de auxílio-doença (B31/529.961.809-0 e B31/529.980.741-9) bem como no período em que houve recebimento de salários de dezembro/2008 a abril/2009 e de setembro/2009 a novembro/2010.

Os cálculos da contadoria foram acolhidos pela sentença, motivo do apelo, ora apreciado.

Primeiramente, verifica-se que, no caso, a aposentadoria por invalidez, com DIB em 30/06/2008, foi concedida por transformação do auxílio-doença NB 529.961.809-0, com DIB em 22/04/2008, de modo que a RMI deve ser calculada conforme previsão do artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99 que dispõe que “A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral”.

No que se refere ao desconto de valores recebidos, observo que o artigo 124 da Lei nº 8.213/91 veda o recebimento conjunto do auxílio-doença e qualquer aposentadoria.

Assim, inequívoco que devem ser compensadas as parcelas pagas administrativamente em período concomitante, sob pena de efetuar-se pagamento em duplicidade ao exequente, que acarretaria seu enriquecimento ilícito.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO - LAUDO PERICIAL.

I - Os elementos constantes dos autos conduzem à conclusão quanto à incapacidade laboral da autoral, já que é portadora de discopatia degenerativa da coluna lombar e hérnia discal associada, apresentando crises constantes de dor, consoante atestados médicos acostados ao autos.

II - Embora a cessação do benefício de auxílio-doença possa ter ocorrido em data posterior ao constante na decisão guerreada (10.02.2008), conforme alegado pelo réu (informação contida no Cadastro Nacional de Informações Sociais), o termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez resta mantido a contar da data da citação (01.02.2008 - fl. 84), devendo ser descontadas eventuais parcelas pagas a título de auxílio-doença no período.

III - Corrigido o erro material apontado, para estabelecer que a renda mensal inicial deverá ser calculada de acordo com art. 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. IV - Agravo interposto pelo réu parcialmente provido.

(TRF - 3ª Região; AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1385542; Processo nº 200861170001040; Órgão Julgador: DÉCIMA TURMA; Fonte: DJF3 CJ1; DATA: 13/05/2009; PÁGINA: 694; Relator: JUIZ SERGIO NASCIMENTO- negritei)

PREVIDENCIÁRIO - REVISIONAL DE BENEFÍCIOS - RENDAS MENSAIS A PARTIR DE 02/1997 A 03/1999 PAGAS ADMINISTRATIVAMENTE COM ATRASO - INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA - PROCEDÊNCIA - PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA - DESCONTO DE VALORES PAGOS ADMINISTRATIVAMENTE - CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS - APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA

- O depósito efetuado em favor da parte autora pelo INSS a título de parcelas em atraso e sem a devida correção monetária, oriundo da concessão administrativa do benefício, ocorreu não antes de 04/05 de 1999 e, portanto, no quinquênio que antecedeu a propositura desta ação, o que se deu em 20.11.2003.

- Não é cabível, portanto, a fixação da prescrição dos valores vencidos porque, conforme se verifica dos documentos anexados aos autos, realmente a parte autora ajuizou a ação antes que se perfizesse o lapso quinquenal.

- É devida a correção monetária apurada sobre os valores referentes às parcelas do benefício previdenciário pagas com atraso.

- Eventuais valores de diferenças já pagos administrativamente a título idêntico devem ser descontados por ocasião da execução de sentença.

- Possibilidade de compensação dos valores pagos a título de auxílio-doença (NB 101.635.672-0) após 29.09.1998; data em que o referido benefício foi convertido em aposentadoria por invalidez, em razão da impossibilidade de cumulação de benefícios.

- Apuradas as diferenças correspondentes à atualização monetária do benefício, tais valores passarão a corresponder ao principal, e sobre ele deverão incidir os juros de mora, contados da data da citação, bem como correção monetária.

- A correção monetária deverá incidir consoante dispõem as Súmulas nº 148 do Colendo STJ e 08 desta E. Corte e Resolução nº 561, de 02-07-2007, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o novo Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal.

- Os juros de mora incidem desde a citação inicial, à razão de 1% (um por cento) ao mês, conforme artigo 406 do Código Civil, Lei nº 10.406/2002, considerando que o INSS foi citado já sob a égide desse diploma.

(...)

(TRF - 3ª Região; AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1070400; Processo nº 200503990484710; Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA; Fonte: DJF3 CJ2 DATA: 18/02/2009 PÁGINA: 413; Relator: JUIZA EVA REGINA)

Assim, diante de *previsão legal*, devem ser compensados os valores recebidos a título de auxílio doença em período concomitante à aposentadoria por invalidez.

De outro lado, procede a insurgência do apelante no que se refere ao desconto dos valores recebidos a título de salários, uma vez que não foi determinado tal desconto no título executivo.

Conforme decisão proferida em sede de recurso representativo de controvérsia, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.235.513/AL), *nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objeto no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada.*

Confira-se o julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008. SERVIDORES DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS-UFAL. DOCENTES DE ENSINO SUPERIOR. ÍNDICE DE 28,86%. COMPENSAÇÃO COM REAJUSTE ESPECÍFICO DA CATEGORIA. LEIS 8.622/93 E 8.627/93. ALEGAÇÃO POR MEIO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO QUE NÃO PREVÊ QUALQUER LIMITAÇÃO AO ÍNDICE. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. ARTS. 474 E 741, VI, DO CPC.

1. As Leis 8.622/93 e 8.627/93 instituíram uma revisão geral de remuneração, nos termos do art. 37, inciso X, da Constituição da República, no patamar médio de 28,86%, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da isonomia, decidiu que este índice deveria ser estendido a todos os servidores públicos federais, tanto civis como militares.
2. Algumas categorias de servidores públicos federais também foram contempladas com reajustes específicos nesses diplomas legais, como ocorreu com os docentes do ensino superior. Em razão disso, a Suprema Corte decidiu que esses aumentos deveriam ser compensados, no âmbito de execução, com o índice de 28,86%.
3. Tratando-se de processo de conhecimento, é devida a compensação do índice de 28,86% com os reajustes concedidos por essas leis. Entretanto, transitado em julgado o título judicial sem qualquer limitação ao pagamento integral do índice de 28,86%, não cabe à União e às autarquias federais alegar, por meio de embargos, a compensação com tais reajustes, sob pena de ofender-se a coisa julgada. Precedentes das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal.
4. Não ofende a coisa julgada, todavia, a compensação do índice de 28,86% com reajustes concedidos por leis posteriores à última oportunidade de alegação da objeção de defesa no processo cognitivo, marco temporal que pode coincidir com a data da prolação da sentença, o esgotamento da instância ordinária ou mesmo o trânsito em julgado, conforme o caso.
5. Nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objetada no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada. É o que preceitua o art. 741, VI, do CPC: “Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre (...) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença”.
6. No caso em exame, tanto o reajuste geral de 28,86% como o aumento específico da categoria do magistério superior originaram-se das mesmas Leis 8.622/93 e 8.627/93, portanto, anteriores à sentença exequenda. Desse modo, a compensação poderia ter sido alegada pela autarquia recorrida no processo de conhecimento.
7. Não arguida, oportunamente, a matéria de defesa, incide o disposto no art. 474 do CPC, reputando-se “deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento como à rejeição do pedido”.
8. Portanto, deve ser reformado o aresto recorrido por violação da coisa julgada, vedando-se

a compensação do índice de 28,86% com reajuste específico da categoria previsto nas Leis 8.622/93 e 8.627/93, por absoluta ausência de previsão no título judicial exequendo.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ nº 08/2008.

(REsp 1235513/AL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 20/08/2012).

In casu, conforme extrato CNIS juntado a fls. 52/52-verso, há recolhimentos em nome do autor, como empregado, na empresa Tupi Transportes Urbanos Piratininga Ltda entre 06/2003 a 09/2004, de 11/2004 a 06/2007, de 12/2008 a 04/2009 e de 09/2009 a 12/2010.

Portanto, há recolhimento de contribuições previdenciárias em concomitância com a concessão do benefício por incapacidade.

No entanto, apesar de conhecida pelo INSS, a questão não foi debatida pela Autarquia no processo de conhecimento.

Dessa forma, conforme a decisão proferida em sede de recurso representativo de controvérsia acima mencionada, não há como efetuar a compensação pretendida pelo INSS, eis que mesmo tendo conhecimento do exercício de atividade laborativa pela parte autora, deixou de requisitar, no processo de conhecimento, a compensação ora pretendida.

Quanto à correção monetária, o título exequendo (decisão monocrática proferida em 14/03/2014) determinou expressamente que: “A correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor.”.

É certo que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, em 14 de março de 2013, declarou a inconstitucionalidade *parcial*, por arrastamento, do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009, na ADI nº 4357-DF, que cuida da arguição de inconstitucionalidade de disposições introduzidas no art. 100 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 62/2009.

Restou afastada, conseqüentemente, a aplicação dos “índices oficiais de remuneração básica” da caderneta de poupança como indexador de correção monetária nas liquidações de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública.

Na oportunidade observo que em vista da necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a fim de orientar e simplificar a pesquisa dos procedimentos administrativos e processuais, que regulam o funcionamento da Justiça Federal na Terceira Região, foi editada a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região - Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005, que impôs obediência aos critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

E, em vista da declaração de inconstitucionalidade *parcial*, por arrastamento, do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, foi editada a Resolução nº 267, de 02/12/2013, alterando o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010.

De acordo com a nova Resolução, nos procedimentos de cálculos que visam à liquidação de sentenças, passam a ser observados pelos setores de cálculos da Justiça Federal, para sentenças proferidas em ações previdenciárias, o INPC (Lei nº 10.741/2003, MP nº 316/2006 e Lei nº 11.430/2006).

Acrescente-se que, no que diz respeito aos juros de mora, o atual Manual de Cálculos, que foi alterado pela Resolução nº 267, de 02/12/2013, manteve a aplicação da Lei nº 11.960/09. Todavia, a MPV nº 567/2012, convertida na Lei nº 12.703/2012, alterou a sistemática de juros da caderneta de poupança, estabelecendo o teto de 70% da taxa SELIC, mensalizada, quando esta for igual ou inferior a 8,5% ao ano.

Cumpra ainda consignar que não se desconhece o julgamento do Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de 25/3/15, apreciou as questões afetas à modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade referentes às ADIs nºs. 4.357 e 4.425, resolvendo que tratam apenas da correção e juros na fase do precatório.

Por outro lado, no julgamento do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foi reconhecida a existência de nova repercussão geral sobre correção monetária e juros a serem aplicados na fase de conhecimento.

Entendeu o E. Relator que essa questão não foi objeto das ADIs nºs. 4.357 e 4.425, que, como assinalado, tratavam apenas dos juros e correção monetária na fase do precatório.

Assim, a correção monetária e os juros de mora incidem nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em obediência ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005, ao título exequendo e ao princípio do *tempus regit actum*.

Nesses termos, os cálculos de liquidação devem ser refeitos, com o cálculo da RMI nos termos previstos no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, sem a compensação dos valores recebidos no período em que manteve vínculo empregatício, mas descontados os valores recebidos a título de auxílio-doença - NB 31/529.961.809-0 e NB 31/524.980.741-9, além dos valores recebidos a título de tutela antecipada, com aplicação da correção monetária nos termos da Resolução nº 267/2013 do CJF.

Por essas razões, dou parcial provimento ao apelo da parte autora apenas para determinar o refazimento da conta de liquidação apresentada pela Contadoria Judicial nos moldes acima explicitados.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0003280-44.2016.4.03.6128

(2016.61.28.003280-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: GUILHERME SILVA CAVALCANTI

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JUNDIAÍ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Classe do Processo: AMS 367055

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2017

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. DESEMPENHO DA ATIVIDADE DE MÉDICO, EXPOSTO A AGENTES AGRESSIVOS BIOLÓGICOS. POSSIBILIDADE.

I - Comprovação do desempenho de atividades insalubres, na função de médico, exposto a agentes agressivos biológicos (pacientes ou materiais infecto-contagiantes - microorganismo).

II - Tempo de serviço especial reconhecido, devendo o INSS retificar a Certidão de Tempo de Contribuição emitida.

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 à remessa oficial e à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2017.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta em mandado de segurança impetrado por GUILHERME SILVA CAVALCANTI contra ato praticado pelo CHEFE DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO INSS EM JUNDIAÍ -SP, que não constou em Certidão de Tempo de Contribuição o desempenho de atividades especiais.

A r. sentença de fls. 105/109 concedeu parcialmente a segurança, para reconhecer a especialidade do interregno de 01/07/1983 a 27/12/1984, determinando que a retificação da Certidão emitida. Sentença sujeita ao reexame necessário.

Em razões recursais de fls. 119/125, pugna a Autarquia Previdenciária pela reforma do *decisum*, ao argumento de que não restou comprovada a atividade em condições especiais.

Parecer do MPF à fl. 137.

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):

Inicialmente, tempestivo o recurso e respeitado os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

Ressalto que, ante o princípio da unirrecorribilidade recursal, não conheço da apelação de fls. 126/128, uma vez que já houvera sido interposta apelação pelo INSS às fls. 119/125, ocorrendo, dessa forma, o fenômeno da preclusão consumativa.

O mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, destinado a proteger direito líquido e certo da violação efetiva ou iminente, praticada com ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública (ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público), diretamente relacionada à coação, de vez que investida nas prerrogativas necessárias a ordenar, praticar ou ainda retificar a irregularidade impugnada, a teor do disposto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, art. 1º da Lei nº 1.533/51 e art. 1º da atual Lei nº 12.016/09.

Acerca do direito material em si, cumpre uma breve digressão da legislação que rege a matéria.

A presente ação tem por escopo o reconhecimento do tempo de serviço laborado em condições especiais, ou seja, pretende tão somente a declaração da existência de uma relação jurídica, não objetivando alterar tal situação, sendo, dessa forma, imprescritível. Nesse sentido, o julgado desta Corte: 1ª Turma, AC nº 98.03.029000-2, Rel. Juíza Federal Eva Regina, DJU 06.12.2002, p. 604.

A norma aplicável sobre a conversibilidade do período é aquela vigente ao tempo da prestação do trabalho do segurado, em face do princípio *tempus regit actum*.

Sobre o tema, confirmam-se o julgado que porta a seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. LEI 8.213/91, ART. 57, §§ 3 E 5º.

O segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito por isso à aposentadoria especial, faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida em que se trabalha. Assim, eventual alteração no regime ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico. É permitida a conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria. Recurso desprovido.

(STJ, 5ª Turma, REsp nº 392.833/RN, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21.03.2002, DJ 15.04.2002).

Por oportuno, destaco que, para o reconhecimento da natureza especial da atividade exercida e a conversão desse intervalo especial em comum, cabe ao segurado demonstrar o trabalho em exposição a agentes agressivos, uma vez que as atividades constantes em regula-

mentos são meramente exemplificativas.

O extinto Tribunal Federal de Recursos, inclusive, após reiteradas decisões sobre a questão, editou a Súmula nº 198, com o seguinte teor:

Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.

Nesse sentido, julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, REsp nº 395988, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.11.2003, DJ 19.12.2003, p. 630; 5ª Turma, REsp nº 651516, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.10.2004, DJ 08.11.2004, p. 291.

Cumpre salientar que, em período anterior à da edição da Lei nº 9.032/95, a aposentadoria especial e a conversão do tempo trabalhado em atividades especiais eram concedidas em virtude da categoria profissional, conforme a classificação inserta no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, ratificados pelo art. 292 do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, o qual regulamentou, inicialmente, a Lei de Benefícios, preconizando a desnecessidade de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos, exceto para ruído, sendo tratada originalmente no § 3º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

(...)

§ 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.

Sobre o tema, precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, REsp nº 440955, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18.11.2004, DJ 01.02.2005, p. 624; 6ª Turma, AgRg no REsp nº 508865, Rel. Min. Paulo Medina, j. 07.08.2003, DJ 08.09.2003, p. 374.

A Lei nº 9.032, de 29 de abril de 1995, deu nova redação ao art. 57 da Lei de Benefícios, alterando substancialmente o seu § 4º, passando a exigir a *demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos*. A partir de então, retirou-se do ordenamento jurídico a possibilidade do mero enquadramento da atividade do segurado em categoria profissional considerada especial, mantendo, contudo, a possibilidade de conversão do tempo de trabalho comum em especial.

Saliente-se que o rol dos agentes nocivos contidos no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, vigoraram até o advento do Decreto Regulamentar nº 2.172/97, de 5 de março de 1997, do Plano de Benefícios, o qual foi substituído pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.

Destaco, ainda, a alteração trazida pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996 e reedições posteriores, que modificou substancialmente o *caput* do art. 58 da Lei de Benefícios, incluindo

novos parágrafos, exigindo, em síntese, a comprovação das atividades especiais efetuadas por meio de formulário preenchido pela empresa contratante, *com base em laudo técnico*, observando-se os ditames da redação dada aos parágrafos pela Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998.

Conforme já exposto neste voto, mediante o brocardo *tempus regit actum*, aplicar-se-á a lei vigente à época da prestação do trabalho. Pondero, contudo, que a exigência do laudo técnico pericial tão-somente poderá ser observada após a publicação da Lei nº 9.528/97. Neste sentido, precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 5ª Turma, REsp nº 602639, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 25.05.2004, DJ 02.08.2004, p. 538; 5ª Turma, AgRg no REsp nº 641291, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 16.09.2004, DJ 03.11.2004, p. 238.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.663-10, de 28 de maio de 1998, nos termos do que dispôs o seu art. 28, revogou-se o § 5º do art. 57 da Lei de Benefícios, acrescentado pela Lei nº 9.032/95, extinguindo-se, contudo, o direito de conversão do tempo especial em comum, garantido no citado § 5º, a partir de então.

A Autarquia Previdenciária, ato contínuo, editou a Ordem de Serviço nº 600, de 2 de junho de 1998 e a de nº 612, de 21 de setembro de 1998 (que alterou a primeira), dispondo que o direito à conversão seria destinado apenas aos segurados que demonstrassem ter preenchido todos os requisitos à aposentadoria até a véspera da edição da Medida Provisória nº 1.663-10/98, extrapolando, dessa forma, os limites legalmente estabelecidos, uma vez que as referidas Medidas Provisórias dispuseram somente sobre a revogação do citado § 5º do art. 57, não abordando o tema sobre o direito de conversão do efetivo período trabalhado anteriormente exercido.

Cumprе ressaltar que, nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988, a competência para expedição de decretos e regulamentos que visem a fiel execução das leis é privativa do Presidente da República. O ato administrativo que dela deriva, não pode alterar disposição legal ou criar obrigações diversas àquelas nela prescrita.

Mediante esta abordagem, verifica-se indiscutível a ilegalidade das supramencionadas Ordens de Serviços editadas pela Autarquia Previdenciária, o que mais se evidencia com a edição da Medida Provisória nº 1.663/13, de 27 de agosto de 1998, reeditada até a conversão na Lei nº 9.711, de 21 de novembro de 1998, onde a questão foi regulada nos seguintes termos:

Art. 28 - O Poder Executivo estabelecerá critérios para conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis nº 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.

Ademais, o art. 70 e parágrafos do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, com nova redação dada pelo Decreto nº 4.827, de 3 de setembro de 2003, afastaram definitivamente a interpretação dada pelas citadas Ordens de Serviços da Autarquia Previdenciária, ao prescrever, *in verbis*:

Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:
(...)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.

Em observância ao disposto no § 2º acima citado, há que ser utilizado o fato de conversão respectivo.

Por oportuno, destaco, ainda, que o Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003, atenuou o conceito de trabalho permanente, passando o art. 65, parágrafo único, do Decreto nº 3.048/99, a vigorar com o seguinte teor:

Art. 65. Considera-se trabalho permanente, para efeito desta Subseção, aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* aos períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial.

Assim, incontestável o direito à conversão do tempo de trabalho especial em qualquer período, independentemente de o segurado possuir ou não direito adquirido.

Resta claro, portanto, o direito ao reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional até o advento da Lei nº 9.032/95, ou pela exposição a qualquer dos agentes nocivos descritos nos Anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, devidamente comprovada por meio da apresentação de SB 40, documento declaratório que descreve, detalhadamente, todas as atividades consideradas perigosas, penosas e insalubres do empregado, ressalvado o laudo técnico no caso de atividade com exposição a ruídos, fornecido pelo Instituto Autárquico e preenchido pela empresa.

Com relação a período posterior à edição da referida Lei, a comprovação da atividade especial deverá ser feita mediante formulário DSS-8030 (antigo SB 40), o qual goza da presunção de que as circunstâncias de trabalho ali descritas se deram em condições especiais, *não sendo, portanto, imposto que tal documento se baseie em laudo pericial*, com exceção ao limite de tolerância para nível de pressão sonora (ruído) já mencionado. Os referidos Decretos mantiveram a sua eficácia até a edição do Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, que regulamentou a Medida Provisória nº 1523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, a qual passou a exigir a apresentação de laudo técnico.

No tocante à utilização de Equipamentos de Proteção Individual - EPI, em recente decisão, com repercussão geral, no ARE 664.335/SC, assentou a Suprema Corte que “o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de *neutralizar* a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial” (grifo nosso). No caso, porém, de dúvida em relação à efetiva neutralização da nocividade, decidiu que “a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete”.

No mais, *especificamente quanto ao agente agressivo ruído*, o Pretório Excelso definiu que “na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria”. Isso porque, “ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores”.

Ao caso dos autos.

Sustenta a parte autora que faz jus ao reconhecimento da especialidade do labor no lapso de 01/07/1983 a 27/12/1984, bem como à expedição da Certidão de Tempo de Serviço com a referida informação, tendo, para tanto, colacionado a seguinte documentação:

- Perfil Profissiográfico Previdenciário de fls. 35/36 - médico, junto ao Hospital de Caridade São Vicente de Paulo - exposição a agentes agressivos biológicos (trabalhos e operações em contato permanente com pacientes ou materiais infecto-contagiantes - microorganismo), sem a comprovação da utilização de EPI que tenha efetivamente neutralizado a nocividade: viabilidade de reconhecimento, com base no código 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79, bem como pela atividade desempenhada, prevista no código 2.1.3 do Decreto nº 83.080/79.

Como se vê, restou comprovado o período de trabalho especial no lapso acima explicitado.

Assim, do conjunto probatório coligido aos autos, assiste direito líquido e certo ao impetrante, no que se refere ao reconhecimento da atividade exercida sob condições especiais no lapso acima referido, e, por conseguinte, à retificação da Certidão de Tempo de Contribuição emitida.

Ante o exposto, *nego provimento à remessa oficial e à apelação do INSS*, mantendo a sentença proferida.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0036164-56.2016.4.03.9999
(2016.03.99.036164-5)

Apelante: HAROLDO SEBASTIÃO COUTINHO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA ELDORADO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI
Classe do Processo: AC 2199073
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE DE TRABALHADOR RURAL. SEGURADO ESPECIAL. PROVA TESTEMUNHAL INCONSISTENTE E CONTRADITÓRIA. UTILIZAÇÃO PARTILHADA DO IMÓVEL RURAL DE PROPRIEDADE DO AUTOR, POR MEEIROS FIXOS. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR DESCARACTERIZADO. BENEFÍCIO INDEFERIDO.

- 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.

- Findo o período de vigência da norma de transição, aplica-se a regra permanente estampada no art. 48 e parágrafos do mesmo diploma, na dicção da Lei nº 11.718/2008, exigindo-se a comprovação do exercício de labor rural por 180 meses (carência da aposentadoria por idade).

- Imprescindibilidade de concomitância temporal - ainda que ínfima - entre a data do documento indiciário do afazer rurícola e o interstício de atividade rural necessário à concessão da benesse. Precedente do C. STJ, em sede de recurso repetitivo (RESP 201200891007).

- O autor completou 60 anos em 17/02/2010, tendo sido colacionado, aos autos, princípio de prova material do labor rural, contemporâneo ao lapso reclamado ao deferimento da benesse.

- A prova testemunhal, no entanto, mostrou-se inconsistente e contraditória quanto à atividade campesina do autor, em regime de economia familiar.

- Ademais, malgrado as contradições existentes, as circunstâncias reveladas pela prova oral produzida são incompatíveis com o regime de economia familiar, no qual o trabalho de seus membros 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, na forma do art. 11 da Lei nº 8.213/91, desde a sua redação original.

- A utilização partilhada do imóvel rural de propriedade do autor, por meeiros fixos, demonstra que o auxílio de terceiros não é eventual, descaracterizando o propalado regime. Precedentes da Nona Turma desta C. Corte.

- Apelação improvida.

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 à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2017.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Cuida-se de apelação da parte autora tirada de sentença que, em autos de concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural, julgou improcedente o pedido inicial (fls. 99/100).

Em seu recurso, pugna, o promovente, pela reforma da decisão combatida, ao argumento de existência de início de prova material da atividade rurícola, como segurado especial, corroborada por prova testemunhal harmônica. Sustenta, outrossim, que possui uma área de terras, que não é grande, mas o pouco que tem pôde dividir com as famílias que nelas vivem, ajudando-se uns aos outros, contratando diaristas, apenas, para a colheita por um ou dois dias, o que é permitido pela legislação em vigor (fls. 103/107).

Intimado o INSS acerca do apelo autoral, transcorreu, *in albis*, o prazo para apresentação de contrarrazões (fl. 111).

É o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

A teor do disposto no artigo 1.011 do NCPC, conheço do recurso de apelação de fls. 103/107, uma vez cumpridos os requisitos de admissibilidade.

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. Findo o período de vigência da norma de transição, imperioso aplicar-se a regra permanente estampada no art. 48 e parágrafos do mesmo diploma, na dicção da Lei nº 11.718/2008, fincada, nesse particular, a exigência de demonstração do exercício de labor rural por 180 meses (carência da aposentadoria por idade).

Muito se debateu a respeito da comprovação da atividade rural para efeito de concessão do aludido benefício e, atualmente, reconhece-se na jurisprudência elenco de posicionamentos assentados sobre o assunto, a nortear apreciação das espécies e a valoração dos respectivos conjuntos probatórios. Dentre esses entendimentos, podem-se destacar os seguintes:

(I) 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);

(II) 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)

(III) não se enquadra como princípio documental certidão recente da Justiça Eleitoral, preenchida de acordo com informações fornecidas pelo próprio postulante do jubramento, assemelhando-se, portanto, à singela declaração unilateral de atividade profissional (*e.g.*, TRF3, AC 00160584920114039999, Relator Juiz Convocado Valdeci dos Santos, Décima Turma, e-DJF3 01/07/2015; AC 00025385620104039999, AC 1482334, Relatora Desembargadora Federal Tania Marangoni, Oitava Turma, e-DJF3 16/04/2015).

(IV) o afastamento do ofício rural, após o preenchimento de todos os requisitos exigidos à aposentadoria, não interfere em sua concessão, sendo, contudo, inaplicável aos rurícolas o estatuído no art. 3º, da Lei nº 10.666/2003 (STJ, PET nº 7.476/PR, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13/12/2010, Rel. p/ acórdão Min. Jorge Mussi; AgRg no REsp nº 1.253.184, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/09/2011; AgRg no REsp nº 1.242.720, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 02/02/2012; REsp nº 1.304.136, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamim, j. 21/02/2013, DJe 07/03/2013), sob pena, inclusive, de se atribuir aos trabalhadores rurais regime híbrido em que se mesclariam as vantagens típicas dos cam-pesinos e outras inerentes exclusivamente aos obreiros urbanos;

(V) 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).

A despeito de toda evolução exegética a respeito da matéria, certo é que alguns pontos permaneceram polêmicos por anos e apenas recentemente experimentaram pacificação. Talvez o maior deles diga respeito, justamente, à necessidade de demonstração da labuta rural no período imediatamente anterior ao requerimento da benesse.

Respeitáveis posições recusavam uma resposta apriorística do que viesse a se entender pela expressão período imediatamente anterior, sob o argumento de que a solução da controvérsia passa por acurado estudo de cada caso concreto, com destaque à cronologia laboral da parte autora, a fim de definir se verdadeiramente se está diante de pessoa que dedicou sua vida profissional às lides rurais.

Sem embargo, o dissenso acabou desfechado pelo c. STJ em sede de recurso representativo de controvérsia, *in 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.

(RESP 201202472193, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1354908, Relator MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 10/02/2016)

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CARÊNCIA. LABOR RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO. REQUISITO. SÚMULA 83/STJ.

1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que é necessária a prova do labor rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício de aposentadoria por idade, conforme arts. 39, I, e 143 da Lei 8.213/1991. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.342.355/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26.8.2013; AgRg no AREsp 334.161/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 6.9.2013.

(...)

(AGARESP 201401789810, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, STJ, SEGUNDA TURMA, DJE 28/11/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. EXISTÊNCIA. COMPROVADO EFETIVO DESEMPENHO DE ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, NOS TERMOS DO ART. 143 DA LEI Nº 8.213/91. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O trabalhador rural pode requerer aposentadoria por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, durante o prazo de 15 (quinze) anos contados da promulgação da Lei Federal nº 8.213/91. Para tanto, deverá comprovar o exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao mês em que cumprir o requisito idade, em número de meses idêntico à carência exigida para a concessão do benefício.

(...)

3. Agravo regimental improvido.

(AGA 200501236124, Relatora Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ, SEXTA TURMA, DJE 19/10/2009)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL.

1. O entendimento jurisprudencial do STJ é no sentido de que a atividade urbana exercida no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício ou ao implemento do requisito etário impede a concessão da aposentadoria por idade rural, conforme arts. 142 e 143 da Lei 8.213/1991.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AGARESP 201301680980, Relator HUMBERTO MARTINS, STJ, SEGUNDA TURMA, DJE 26/08/2013)

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. APOSENTADORIA POR IDADE. ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUISITO ETÁRIO NÃO CUMPRIDO. POSSIBILIDADE DE AVERBAÇÃO DOS INTERSTÍCIOS COMPROVADOS NOS AUTOS, A PARTIR DOS 12 ANOS. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1967. MULTA DIÁRIA. PREJUDICADA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

(...)

III - A autora deixou o labor rural no máximo ano de 1992, visto que a partir daí passou a trabalhar como costureira, um dos requisitos externados no artigo 143 da Lei nº 8.213/91 não foi cumprido, qual seja, o labor rural até a data do implemento do quesito etário. Sendo assim, não faz jus à concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, não obstante tenha direito à averbação do período de atividade rural devidamente comprovado nos autos.

(...)

(AC 00098544720154039999, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3, DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 09/12/2015)

Da análise dos entendimentos jurisprudenciais coletados, penso que a concessão da aposentadoria por idade de trabalhador rural há de se atrelar à comprovação do desempenho de labor rural quando da propositura da ação, da formulação do requerimento administrativo ou, ao menos, por ocasião do atingimento do requisito etário, como, de resto, textualmente deliberado por esta E. Corte em paradigma da Terceira Seção:

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE DE RURÍCOLA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO CUMPRIMENTO DO REQUISITO ETÁRIO OU REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO.

- Atividade rural, mesmo que descontínua, não comprovada no período imediatamente anterior ao implemento da idade ou requerimento do benefício, enseja a negação da aposentadoria de rurícola vindicada.

- Inaplicabilidade à hipótese do artigo 3º, §1º, da Lei 10.666/03, segundo a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça

(...)

- Permanecem arraigadas as exigências do artigo 143 da Lei 8.213/91 à concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, na medida em que os benefícios de valor mínimo pagos aos rurícolas em geral possuem disciplina própria, em que a carência independe de contribuições mensais, daí que obrigatória, mesmo de forma descontínua, a prova do efetivo exercício da atividade no campo.

- Embora comportando temperamentos, via de regra, o abandono do posto de lavrador anteriormente ao implemento do requisito etário ou formulação do requerimento administrativo ou judicial, mormente quando contemporâneo ao emprego em atividade urbana do cônjuge que empresta à esposa requerente a qualidade de segurado, acaba inviabilizando por completo o deferimento da benesse postulada.

(EI 00139351020134039999, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, TRF3, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 10/06/2015)

Outra temática remanesce polêmica à atualidade, mormente na seara desta egrégia Cor-

te, e diz com a necessidade de contemporaneidade do início de prova material amalhado a, quando menos, uma fração do período exigido pela lei para a outorga do benefício.

Muito embora reconheça postura algo hesitante deste Tribunal - que, muita vez, vem relativizando o atendimento dessa exigência, principalmente naquelas espécies em que o histórico laborativo rural da parte impressiona, permitindo divisar que na maior parte de sua jornada trabalhista a parte dedicou-se verdadeiramente aos ofícios campestres - tenho por certo que o egrégio STJ vem consagrando a imprescindibilidade de concomitância temporal - ainda que ínfima - entre a data do documento indiciário do afazer rurícola e o interstício de atividade rural necessário à concessão da benesse.

Seguem arestos nesse diapasão:

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 período 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 benefício previdenciário”), cuja orientação foi confirmada no julgamento do REsp nº 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.

(AR 3994/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, j. 23/09/2015, DJe 01/10/2015)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. COM PROVA ÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL AMPLIADO POR PROVA TESTEMUNHAL.

1. O início de prova material será feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade rural, devendo ser contemporâneos ao período de carência, ainda que parcialmente, o que não ocorreu no caso. Precedentes do STJ.

2. O entendimento adotado pelo Tribunal local está em dissonância com a orientação reafirmada no Resp 1.321.493/PR, submetido ao rito do art. 543-C do CPC (recursos especiais repetitivos), que entendeu que se aplica a Súmula 149/STJ (“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário”) aos trabalhadores rurais denominados boias-frias, sendo imprescindível a apresentação de início de prova material.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 436471/PR, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0384226-1, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 25/03/2014, DJe 15/04/2014)

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE RURAL ANTERIORMENTE AO INÍCIO DE PROVA MATERIAL . RESPALDO NA PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. REEXAME DISPOSTO NO ART. 543-C DO CPC. RESP nº 1.348.633/SP. JULGAMENTO MANTIDO.

1. O STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº 1.348.633 definiu que o trabalho rural pode ser reconhecido em período anterior ao início da prova material apresentada, desde que confirmado por prova testemunhal coesa.
2. Incidência da norma prevista no artigo 543-C, com a redação dada pela Lei 11.672/06, tendo em vista o julgado do STJ.
3. Análise do pedido nos termos da recente decisão proferida no recurso especial mencionado determina o cômputo da atividade como rurícola, para efeitos de contagem de tempo de serviço, antes do início da prova material.
4. Para comprovar o trabalho como rurícola, o autor apresentou cópia do certificado de dispensa de incorporação datado de 12/06/1974.
5. O início de prova material, portanto, é extemporâneo ao período que se pretende comprovar. Embora reconhecida a atividade rural pelo Relator com base em documento não contemporâneo ao período, tal fato não vincula o julgamento da retratação, quanto ao período anterior ao reconhecimento, na decisão agravada. Especialmente pelo teor do recurso especial apresentado.
6. A prova exclusivamente testemunhal não é suficiente para a comprovação da condição de trabalhador rural, nos termos do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, cuja norma foi confirmada pela Súmula 149 do STJ.
7. Incabível a retratação do acórdão, mantido o julgado tal como proferido.
(APELREEX 00232553620034039999, APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 888959, Relator DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, TRF3, NONA TURMA, e-DJF3 10/07/2015)

Esposando o mesmo raciocínio, a Súmula 34 da TNU, *verbis*:

Para fins de comprovação do tempo de labor rural, o início de prova material deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar.

A propósito, tenho que a condicionante resulta, de certo modo, enaltecida em recurso repetitivo emanado do c. STJ. Vale constatar, num primeiro lance, o seguinte aresto, exarado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SEGURADO ESPECIAL. TRABALHO RURAL. INFORMALIDADE. BOIAS-FRIAS. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/1991. SÚMULA 149/STJ. IMPOSSIBILIDADE. PROVA MATERIAL QUE NÃO ABRANGE TODO O PERÍODO PRETENDIDO. IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL. EXTENSÃO DA EFICÁCIA PROBATÓRIA. NÃO VIOLAÇÃO DA PRECITADA SÚMULA.

1. Trata-se de Recurso Especial do INSS com o escopo de combater o abrandamento da exigência de produção de prova material, adotado pelo acórdão recorrido, para os denominados trabalhadores rurais boias-frias.
2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
3. Aplica-se a Súmula 149/STJ (“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário”) aos traba-

lhadores rurais denominados “boias-frias”, sendo imprescindível a apresentação de início de prova material.

4. Por outro lado, considerando a inerente dificuldade probatória da condição de trabalhador campesino, o STJ sedimentou o entendimento de que a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal.

5. No caso concreto, o Tribunal *a quo*, não obstante tenha pressuposto o afastamento da Súmula 149/STJ para os “boias-frias”, apontou diminuta prova material e assentou a produção de robusta prova testemunhal para configurar a recorrida como segurada especial, o que está em consonância com os parâmetros aqui fixados.

6. Recurso Especial do INSS não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(RESP 201200891007, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 19/12/2012)

Ora bem, da leitura da ementa retrotranscrita, ressaí cristalino ser dispensável que o princípio de prova documental diga respeito a todo o período a comprovar-se: admite-se que aluda, apenas, à parcela deste. Equivale, pois, a afirmar-se que o princípio deve reportar-se ao menos a um quinhão do intervalo laborativo a ser comprovado. E, em ação de aposentadoria por idade rural, o que deve ser demonstrado é justamente o lapso dito de carência, vale dizer, a labuta campesina no período imediatamente anterior à vindicação do benefício, pois, sem isso, não há benesse a deferir-se.

Destarte, à luz dos julgados do c. STJ e da linha exegética acima, inclino-me pela simultaneidade, ainda quando diminuta, entre os documentos ofertados e o interregno laboral necessário à outorga do beneplácito.

Postas as balizas, passa-se ao exame do caso dos autos.

De pronto, verifica-se o cumprimento pela parte autora do requisito etário em 17/02/2010 (fl. 26), incumbindo-lhe, pois, demonstrar atividade campestre por 174 meses.

A título de início de prova documental, foram colacionados:

a) certificado de cadastro do imóvel rural denominado “Sítio Bulha”, dos exercícios de 2006 a 2009, com área de 1,21 módulos fiscais (fl. 81);

b) certidão negativa de débitos relativos ao ITR, emitida em 03/12/2012 e válida até 01/6/2013 (fl. 82);

c) Declaração do ITR do exercício de 2012, atinente ao aludido imóvel (fl. 83).

Resulta evidenciada a presença, *in casu*, de princípios de prova documental do labor rural, contemporâneos ao lapso reclamado ao deferimento da benesse (17/8/1995 a 17/02/2010).

Incumbe, então, verificar se os elementos indiciários são corroborados - e amplificados - pelos depoimentos colhidos.

Ouvido em 04/02/2016, o autor afirmou, de início, que trabalhou em uma madeireira, por dois anos. Quando indagado sobre os registros do INSS, que apontam o desempenho de tal labor entre os idos de 1975 e 1980, asseverou que foram cinco anos de trabalho, e não dois. Após deixar a madeireira, passou a trabalhar na lavoura. Por uns 4 ou 5 anos, foi arrendatário de um sítio, depois adquiriu um propriedade em Bananal Pequeno, no entanto, não foi capaz de lembrar quanto tempo lá trabalhou. Comprou, posteriormente, outro sítio, no bairro da Bulha, dedicando-se ao cultivo de banana e palmito, o que faz até os dias atuais.

Assegurou que não tem empregados, só trabalhadores que fazem bicos, diárias, quando necessário, para tirar o mato ou colher a produção, mas não soube dizer quantos o auxiliam no ano, tampouco qual a frequência. Aduziu, na sequência, que tem um empregado “que não é empregado”, é um meeiro que o ajuda.

Sobre o meeiro, informou que este fica com a parte da banana, contudo, que não corresponde à metade da produção, pois não sabem, de antemão, quanto vão ganhar com a comercialização.

Perguntado novamente sobre a frequência das colheitas e quantidade de trabalhadores que o auxiliam, disse que a colheita ocorre seis vezes ao ano, com duração de um dia, no qual trabalham até quatro pessoas.

As duas testemunhas, ouvidas na mesma data, informaram, de pronto, que ambas são meeiras do vindicante, proprietário do sítio.

Fábio Moreira do Carmo, que conhece o pretendente há mais de vinte anos, sabe que, nesse período, ele sempre trabalhou no sítio. Inicialmente, declarou que o ajuda, na condição de meeiro, que o sítio tem oito alqueires, nele plantam banana e palmito, bem assim que fica com metade da produção, mas não sabe informar os ganhos mensal ou anual, alegando que “não marca”. Acrescentou que não contam com nenhum ajudante, mesmo durante a colheita, na qual somente os dois trabalham. Inquirido sobre a frequência das colheitas e de eventuais trabalhadores que os auxiliam, frisou que corta banana mensalmente e palmito, trimestralmente, e, desta feita, que só tem “gente para ajudar” no dia do corte, que dura de um a dois dias, mas para colher tudo, levam-se cerca de três dias. Demonstrando certa hesitação, afirmou que todo mês precisa de três pessoas, seja quando o corte é de palmito e banana, seja só de banana.

Por sua vez, Marcos Antônio da Silva, que conhece o apelante há onze anos, assegurou que trabalham em três meeiros, no sítio de propriedade daquele. Não sabe o tamanho do sítio, estimando que tenha seis alqueires. Foi categórico ao afirmar que durante as safras da banana e palmito, além do trabalho dos três, precisam contratar mais três ou quatro ajudantes. Todavia, ora disse que corta palmito todo mês, ora que o faz a cada três meses.

Nesse contexto, estou em que a prova testemunhal não favorece o pleito autoral, mostrando-se inconsistente e contraditória quanto à atividade campesina do autor, em regime de economia familiar.

Veja-se que nas razões do apelo o autor sustentou que divide suas terras com outras duas pessoas (meeiros), mencionando também “famílias que nelas vivem” e que tal se destina ao sustendo destas últimas (fl. 104). Disse mais, que, na época de corte da lavoura, busca “parceiros”, e, adiante, que quando a roça está para colher, recebe ajuda de vizinhos ou outros lavradores (fl. 105). Por outra parte, no depoimento, aduziu que contrata diaristas, quando necessário, a respeito dos quais não soube informar a frequência, tampouco o quantitativo. Reinquirido, afirmou que na colheita trabalham até quatro pessoas. Já, Fábio Moreira do Carmo asseverou que trabalhavam na colheita, apenas, ele e o autor, como meeiros - que, em verdade, figuram em número de três - não contando com nenhum ajudante. Ao depois, afirmou que só tem “gente para ajudar” no dia do corte, e então, que todo mês precisa de três pessoas. Marcos Antônio da Silva foi categórico dizendo que, durante as safras da banana e palmito, além do trabalho dos três meeiros, precisam contratar mais três ou quatro ajudantes.

No que concerne às safras, nenhum deles mostrou-se capaz de informar, com precisão, o período em que ocorre: seis vezes ao ano? (para o autor); mensalmente, quanto à banana, e

trimestralmente, quanto ao palmito? (Fábio Moreira do Carmo), ou o palmito é cortado todo mês? (Marcos Antônio da Silva).

Em relação à meação, o autor assegurou que o meeiro fica com “a parte da banana” que, no entanto, não corresponde à metade da produção. Fábio Moreira do Carmo garantiu que fica com metade da produção, mas sequer sabe informar seus ganhos mensal ou anual, porque “não marca”.

De se atentar, ainda, para o fato de que o recorrente afirmou que trabalhou em uma madeireira, por dois anos, desdizendo-se, quando confrontado com os registros do INSS. Além disso, foi vago em relação ao período que laborou como arrendatário e incapaz de lembrar-se quanto tempo trabalhou em sua segunda propriedade, que precedeu a atual.

Assim, ainda que se conheça orientação jurisprudencial no sentido de que a meação, só por só, não seja de molde a descaracterizar a qualidade de segurado especial, nos termos do § 8º do artigo 11 da Lei nº 8213/91, certo é que as contradições de que padece a prova oral, tornando-a frágil e inconsistente, frustram a possibilidade de corroboração dos inícios de prova material coligidos.

Impõe-se, portanto, a improcedência da pretensão.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO, mantendo a sentença recorrida.

É como voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0041490-94.2016.4.03.9999
(2016.03.99.041490-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: GERMANO BONRRUQUE
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA JACUPIRANGA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: AC 2210673
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/04/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA *EXTRA PETITA* ANULADA. CAUSA EM CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO. ARTIGO 1.013, § 3º, II, DO CPC/2015. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA RURAL. BENEFÍCIO NÃO CONTRIBUTIVO. ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. NORMA TRANSITÓRIA. SEGURADO ESPECIAL. ARTIGO 39 DA REFERIDA LEI. LAUDO PERICIAL. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL PRESETNE. PROVA ORAL PRECÁRIA. NÃO COMPROVAÇÃO DO LABOR RURAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. BENEFÍCIO INDEVIDO. PEDIDO IMPROCEDENTE.

- O MMº juízo *a quo*, no exercício da atividade jurisdicional, proferiu sentença *extra petita*, pois apreciou objeto diverso do pedido e, desse modo, está eivada de nulidade, a qual decreto de ofício, por infringência aos artigos 141 e 492 do CPC/2015.

- Estando o feito em condições de imediato julgamento, não há óbice algum a que o julgador passe à análise do mérito propriamente dito, nos termos do artigo 1.013, §3º, II, do Novo CPC.

- A aposentadoria por invalidez, segundo a dicção do art. 42 da Lei nº 8.213/91, é devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. O auxílio-doença, benefício pago se a incapacidade for temporária, é disciplinado pelo art. 59 da Lei nº 8.213/91, e a aposentadoria por invalidez tem seus requisitos previstos no art. 42 da Lei 8.213/91.

- Para os trabalhadores rurais segurados especiais, a legislação prevê o pagamento de alguns benefícios não contributivos, no valor de um salário mínimo (artigo 39, I, da Lei nº 8.213/91). Depois da edição da Lei nº 8.213/91, a situação do rurícola modificou-se, pois passou a integrar sistema único, com os mesmos direitos e obrigações dos trabalhadores urbanos, tornando-se segurado obrigatório da Previdência Social. A partir do advento da Constituição da República de 1988 não mais há distinção entre trabalhadores urbanos e rurais (artigos 5º, *caput*, e 7º, da CF/88), cujos critérios de concessão e cálculo de benefícios previdenciários regem-se pelas mesmas regras. Assim, a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença para os trabalhadores rurais, se atendidos os requisitos essenciais, encontra respaldo na jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte.

- Entendo, pessoalmente, que somente os trabalhadores rurais, na qualidade de segurados especiais, não necessitam comprovar os recolhimentos das contribuições pre-

videnciárias, devendo apenas provar o exercício da atividade laboral no campo, ainda que de forma descontínua, pelo prazo da carência estipulado pela lei, tal como exigido para o segurado especial. Assim dispõe o art. 11, VII, c/c art. 39, I, da Lei 8.213/91. Consequentemente, uma vez ausente a comprovação de exercício de atividade rural na forma do inciso I do artigo 39 da Lei nº 8.213/91, não se lhe pode conceder aposentadoria por invalidez rural.

- À míngua da previsão legal de concessão de benefício previdenciário não contributivo, não cabe ao Poder Judiciário estender a previsão legal a outros segurados que não sejam “segurados especiais”, sob pena de afrontar o princípio da distributividade (artigo 194, § único, III, da Constituição Federal). O artigo 143 da Lei nº 8.213/91, que permite a concessão de benefício sem o recolhimento de contribuições, referia-se somente à aposentadoria por idade. Ainda assim, trata-se de norma transitória com eficácia já exaurida.

- Enfim, penso que, quanto aos boias-frias ou diaristas - enquadrados como trabalhadores eventuais, ou seja, contribuintes individuais na legislação previdenciária, na forma do artigo 11, V, “g”, da LBPS - não há previsão legal de cobertura previdenciária no caso de benefícios por incapacidade, exatamente porque o artigo 39, I, da LBPS só oferta cobertura aos segurados especiais. Todavia, com a ressalva de meu entendimento pessoal, curvo-me ao entendimento da jurisprudência francamente dominante nos Tribunais Federais, nos sentido de que também o trabalhador boia-fria, diarista ou volante faz jus aos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença não contributivos.

- No caso dos autos, o autor alega que exerceu atividades rurais em propriedade rural própria, em regime de economia familiar, até ser acometido de moléstia incapacitante que o impede de trabalhar.

- Como início de prova material do alegado trabalho rural, apresentou cópia da certidão de casamento, celebrado em 1989, com sua qualificação de lavrador. À f. 9, apresentou uma “solicitação de certidão de propriedade de Cadastro de Imóvel Rural” de propriedade de terceira pessoa: Alcides Bonrruque, referente à Chácara Beira Rio.

- Ocorre que a prova oral produzida é insuficiente à comprovação do exercício de trabalho rural do autor até o advento da incapacidade. A prova testemunhal é assaz simplória e assim, mostra-se insatisfatória para a prova dos fatos alegados.

- Requisitos não preenchidos. Pedido improcedente.

- Condenação da parte autora a pagar as custas processuais e honorários de advogado, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 4º, III, do Novo CPC, mas fica suspensa a exigibilidade, segundo a regra do artigo 98, § 3º, do mesmo código, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

- Sentença *extra petita* anulada. Aplicação do artigo 1.013, §3º, II, do CPC/2015. Pedido improcedente. Análise da apelação prejudicada.

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, anular a sentença e, nos termos do artigo 1.013, §3º, II do CPC/2015, julgar improcedente o pedido, nos termos

do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de março de 2017.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Cuida-se de apelação interposta em face da r. sentença que julgou procedente o pedido de concessão de aposentadoria rural por idade à parte autora, desde a data da citação, discriminados os consectários legais, dispensado o reexame necessário.

Nas razões de apelação, a autarquia sustenta, em síntese, a ausência de comprovação do labor rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo e exora a reforma integral do julgado.

Contrarrazões não apresentadas.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Preambularmente, verifico tratar-se de sentença *extra petita*.

Com efeito, a autora requereu expressamente a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez rural.

Na petição inicial, afirmou que exerceu atividades rurais, em regime de economia familiar, até o advento de incapacidade laboral e que faz jus ao benefício por incapacidade desde a data do requerimento administrativo, apresentado em 14/8/2014 (f. 7).

Ocorre que o MM. juízo *a quo* julgou procedente o pedido “para condenar o INSS a conceder aposentadoria rural por idade em favor do requerente”.

Nessa esteira, a decisão apreciou *objeto diverso do pedido* e, desse modo, está eivada de nulidade, a qual decreto de ofício, por infringência aos artigos 141 e 492 do CPC/2015.

De outra parte, apesar de decretada a nulidade da sentença, aplico ao presente caso o disposto no artigo 1.013, § 3º, II, do CPC/2015 e conheço desde logo o pedido.

Discute-se o preenchimento dos requisitos legais para a concessão de benefício por incapacidade.

A *aposentadoria por invalidez*, segundo a dicção do art. 42 da Lei nº 8.213/91, é devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

O *auxílio-doença*, benefício pago se a incapacidade for temporária, é disciplinado pelo art. 59 da Lei nº 8.213/91, e a aposentadoria por invalidez tem seus requisitos previstos no art. 42 da Lei 8.213/91.

Assim, o evento determinante para a concessão desses benefícios é a *incapacidade para o trabalho*.

São exigidos à concessão desses benefícios: a qualidade de segurado, a carência de doze contribuições mensais - quando exigida -, a incapacidade para o trabalho de forma permanente e insuscetível de recuperação ou de reabilitação para outra atividade que garanta a subsistência (aposentadoria por invalidez) e a incapacidade temporária (auxílio-doença), bem como a demonstração de que o segurado não era portador da alegada enfermidade ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social.

Noutro passo, para os trabalhadores rurais *segurados especiais*, a legislação prevê o pagamento de alguns benefícios não contributivos, no valor de um salário mínimo (artigo 39, I, da Lei nº 8.213/91).

Depois da edição da Lei nº 8.213/91, a situação do rurícola modificou-se, pois passou a integrar sistema único, com os mesmos direitos e obrigações dos trabalhadores urbanos, tornando-se segurado obrigatório da Previdência Social.

A partir do advento da Constituição da República de 1988 não mais há distinção entre trabalhadores urbanos e rurais (artigos 5º, *caput*, e 7º, da CF/88), cujos critérios de concessão e cálculo de benefícios previdenciários regem-se pelas mesmas regras.

Assim, a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença para os trabalhadores rurais, se atendidos os requisitos essenciais, encontra respaldo na jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte: STJ/ 5ª Turma, Processo 200100465498, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 22/10/2001; STJ/5ª Turma, Processo 200200203194, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 28/4/2003; TRF-3ª Região/ 9ª Turma, Processo 20050399001950-7, rel. juíza Marisa Santos, DJ 10/10/2005; TRF-3ª Região/ 8ª Turma, Processo 200403990027081, rel. juiz Newton de Lucca, DJ 11/7/2007; TRF-3ª Região/ 10ª Turma, Processo 200503990450310, rel. juíza Annamaria Pimentel, DJ 30/5/2007.

Entendo, pessoalmente, que somente os trabalhadores rurais, na qualidade de segurados especiais, não necessitam comprovar os recolhimentos das contribuições previdenciárias, devendo apenas provar o exercício da atividade laboral no campo, ainda que de forma descontínua, pelo prazo da carência estipulado pela lei, tal como exigido para o segurado especial. Assim dispõe o art. 11, VII, c/c art. 39, I, da Lei 8.213/91.

Consequentemente, uma vez ausente a comprovação de exercício de atividade rural na forma do inciso I do artigo 39 da Lei nº 8.213/91, não se lhe pode conceder aposentadoria por invalidez rural.

À minguia da previsão legal de concessão de benefício previdenciário não contributivo, não cabe ao Poder Judiciário estender a previsão legal a outros segurados que não sejam “segurados especiais”, sob pena de afrontar o *princípio da distributividade* (artigo 194, § único, III, da Constituição Federal).

O artigo 143 da Lei nº 8.213/91, que permite a concessão de benefício sem o recolhimento de contribuições, referia-se somente à aposentadoria por idade. Ainda assim, trata-se de norma transitória com eficácia já exaurida.

Enfim, penso que, quanto aos *boias-frias* ou *diaristas* - enquadrados como *trabalhadores eventuais*, ou seja, *contribuintes individuais* na legislação previdenciária, na forma do artigo 11, V, “g”, da LBPS - não há previsão legal de cobertura previdenciária no caso de benefícios por incapacidade, exatamente porque o artigo 39, I, da LBPS só oferta cobertura aos segurados especiais.

Todavia, com a ressalva de meu entendimento pessoal, curvo-me ao entendimento da jurisprudência francamente dominante nos Tribunais Federais, nos sentido de que também o

trabalhador boia-fria, diarista ou volante faz jus aos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença não contributivos.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. RURICOLA (BOIA-FRIA). APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVA PURAMENTE TESTEMUNHAL. INTERPRETAÇÃO DE LEI DE ACORDO COM O ART. 5. DA LICC, QUE TEM FORO SUPRALEGAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO PELA ALINEA “A” DO AUTORIZATIVO CONSTITUCIONAL.

I - RURICOLA, ALEGANDO QUE TRABALHOU ANOS A FIO COMO “BOIA-FRIA”, AJUIZOU AÇÃO PEDINDO SUA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (LCS NS. 11/71 E 16/73). O JUIZ - E EM SUAS AGUAS O TRIBUNAL A QUO - JULGOU PROCEDENTE SEU PEDIDO, NÃO OBSTANTE AUSÊNCIA DE PROVA OU PRINCÍPIO DE PROVA MATERIAL (LEI Nº 8.213/91, ART. 55, PAR. 3.).

II - A PREVIDENCIA, APOS SUCUMBIR EM AMBAS AS INSTANCIAS, RECORREU DE ESPECIAL (ALINEA “A” DO ART. 105, III, DA CF).

III - O DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL QUE NÃO ADMITE “PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL” DEVE SER INTERPRETADO “CUM GRANO SALIS” (LICC, ART. 5.). AO JUIZ, EM SUA MAGNA ATIVIDADE DE JULGAR, CABERA VALORAR A PROVA, INDEPENDENTEMENTE DE TARIFAÇÃO OU DIRETIVAS INFRACONSTITUCIONAIS. ADEMAIS, O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL (ART. 202, I), PARA O “BOIA-FRIA”, SE TORNARIA PRATICAMENTE INFACTIVEL, POIS DIFICILMENTE ALGUÉM TERIA COMO FAZER A EXIGIDA PROVA MATERIAL.

IV - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO PELA ALINEA “A” DO AUTORIZATIVO CONSTITUCIONAL.

(RESP 199400078773, RESP - 45643, Relator(a) ADHEMAR MACIEL, STJ, SEXTA TURMA, Fonte DJ DATA: 23/05/1994 PG: 12635).

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA RURAL POR INVALIDEZ. AUSÊNCIA DE VOTO VENCIDO. DIVERGÊNCIA TOTAL. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. DIARISTA. EQUIPARAÇÃO COM EMPREGADO. RECOLHIMENTO A CARGO DO EMPREGADOR. QUALIDADE DE SEGURADO E CARÊNCIA CONFIGURADOS. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE COMPROVADA.

I - Não obstante a ausência de juntada do voto vencido aos autos, é possível inferir que a divergência é total, na medida em que foi dado provimento ao agravo interposto pela parte autora, no qual se objetivava a reforma da decisão proferida, com a condenação do réu a conceder o benefício de aposentadoria por invalidez.

II - O campo da divergência abarca todos os requisitos legais necessários para a concessão do benefício em comento, quais sejam: a existência ou não de incapacidade para o trabalho; a qualidade de segurado e o cumprimento da carência, notadamente a comprovação do alegado exercício de atividade rural, bem como a aferição dos documentos tidos como início de prova material do labor rural.

III - O laudo pericial, elaborado em 14.02.2007, refere que a autora é portadora de dermatite crônica e linfedema MID, encontrando-se incapacitada de forma total e permanente para o trabalho.

IV - A demandante acostou aos autos os documentos que podem ser reputados como início de prova material do alegado labor rural, quais sejam: certidão de casamento, celebrado em 10.09.1990, certidão de nascimento de sua filha, ocorrido em 07.04.1993, título eleitoral expedido em 1975 em nome do marido da autora, bem como protocolo de entrega de título eleitoral datado de 18.09.1986, nos quais o esposo da demandante fora qualificado como trabalhador agrícola/lavrador. Outrossim, há nos autos anotações em CTPS constando vín-

culos empregatícios de natureza rural ostentados pelo esposo da autora, referentes ao período de 02.08.1982 a 08.10.1982, de 09.04.1984 a 22.10.1984, de 21.05.1985 a 13.01.1986, de 09.06.1986 a 17.06.1986, 30.06.1986 a 12.09.1986, constituindo tais registros como início de prova material do alegado labor rural desempenhado pela parte autora, na medida em que a jurisprudência é pacífica no sentido de estender a condição de trabalhador rural do marido para a sua esposa.

V - Insta assinalar que a autora possui documento em nome próprio, em que vem qualificada como lavradora, conforme se verifica de extrato emitido pelo Centro de Saúde de Lourdes, emitido em 17.09.2001.

VI - As testemunhas ouvidas em Juízo foram unânimes em afirmar que a autora sempre trabalhou na roça, na condição de diarista, tendo prestados serviços para os produtores rurais Odécio, Celidio, João Mangueira e Luizinho. Asseveraram também que a demandante exerceu tal mister até adoecer, tendo cessado suas atividade laborativas três meses antes da data da audiência (12.07.2006), ou seja, em abril de 2006.

VII - A atividade rural resulta comprovada se a parte autora apresentar início razoável de prova material, corroborada por prova testemunhal idônea.

VIII - O próprio INSS considera o diarista ou bóia-fria como empregado. De fato, a regulamentação administrativa da autarquia (ON 2, de 11/3/1994, artigo 5, item “s”, com igual redação da ON 8, de 21/3/97), considera o trabalhador volante, ou bóia-fria, como empregado. Destarte, não há como afastar a qualidade de rurícola da demandante e de segurada obrigatória da Previdência Social, na condição de empregada, nos termos do disposto no artigo 11, inciso I, a, da Lei nº 8.213/91.

IX - A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias relativa à atividade rural exercida pela autora, na condição de empregada, cabia aos seus empregadores, não podendo ter seu direito ao benefício cerceado em face de erros cometidos por outrem.

X - Considerando que a demandante cessou sua atividade laborativa em abril de 2006 e tendo a presente ação sido ajuizada no mesmo mês (19.04.2006), não há que se falar em não cumprimento do período de carência ou na inexistência da qualidade de segurado.

XI - Tendo em vista a patologia sofrida pela autora, ocasionando-lhe a inaptidão laboral de forma total e permanente, não há como se deixar de reconhecer a inviabilidade de seu retorno ao labor, tampouco a impossibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, razão pela qual deve ser lhe concedido o benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91.

XII - Embargos Infringentes da parte autora a que se dá provimento.

(EI 00484931820074039999, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 1257176, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3, TERCEIRA SEÇÃO, Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/10/2012).

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO. AGRAVO RETIDO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS: QUALIDADE DE SEGURADO, CARÊNCIA E INCAPACIDADE PARA O TRABALHO RURAL. ATENDIDOS. LAUDO PERICIAL: FAVORÁVEL. CORREÇÃO MONETÁRIA. CUSTAS.

1. Não conheço do agravo retido interposto pelo INSS contra decisão que deferiu pedido de tutela, vez que não reiterado nas razões ou nas contrarrazões da apelação (CPC, art. 523, § 1º).
2. Os requisitos indispensáveis para a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez são: a) a qualidade de segurado; b) a carência de 12 (doze) contribuições mensais; c) a incapacidade parcial ou total e temporária (auxílio-doença) ou total e permanente (aposentadoria por invalidez) para atividade laboral.
3. Presente início de prova material: cópia de certidão de casamento (fl. 12) e CTPS com vínculos rurais (fl. 19/27); corroborada por prova testemunhal consistente (fls. 122): indubitável qualidade de segurado especial da parte autora.

4. Cabe consignar, ainda, que a condição de diarista, bóia-fria ou safrista não prejudica o direito da autora, pois enquadrada está como trabalhador rural para efeitos previdenciários (Precedentes: (AC 2005.01.99.057944-2/GO, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves Da Silva, Segunda Turma, DJ p.21 de 28/06/2007 e AC 2006.01.99.032549-4/MG, Rel. Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima, Segunda Turma, DJ p.41 de 24/11/2006). É cediço que o trabalhador volante ou bóia-fria experimenta situação desigual em relação aos demais trabalhadores (STJ, AR2515 / SP), uma vez que, em regra, ou não tem vínculos registrados ou os tem por curtíssimo período, como se vê na espécie, devendo ser adotada solução “pro misero”.

5. Averiguada pericialmente a incapacidade laboral total e permanente para o labor (fls. 85/86).

6. DIB: a contar do requerimento administrativo.

7. Consectários legais: a) correção monetária e juros moratórios conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal; b) sem custas, porque nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§3º do art. 109 da CF/88), o INSS está isento delas quando lei estadual específica prevê o benefício, o que se verifica nos estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso.

8. A antecipação de tutela deve ser mantida, porque presentes os requisitos e os recursos eventualmente interpostos contra o acórdão têm previsão de ser recebidos apenas no efeito devolutivo.

9. Não conhecer do agravo retido. Remessa oficial parcialmente provida, nos termos do item 7. Mantida a sentença nos demais termos.

(negritei, REO 00025596820114013818, REO - REMESSA EX OFFICIO - 00025596820114013818, Relator(a) JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), TRF1, SEGUNDA TURMA, Fonte e-DJF1 DATA: 18/09/2015 PAGINA: 2008).

Pois bem.

No caso dos autos, o autor alega que exerceu atividades rurais em propriedade rural própria, em regime de economia familiar, até ser acometido de moléstia incapacitante que o impede de trabalhar.

Como início de prova material do alegado trabalho rural, apresentou cópia da certidão de casamento, celebrado em 1989, com sua qualificação de lavrador.

À f. 9, apresentou uma “solicitação de certidão de propriedade de Cadastro de Imóvel Rural” de propriedade de terceira pessoa: Alcides Bonrruque, referente à Chácara Beira Rio.

Ocorre que a prova oral produzida é insuficiente à comprovação do exercício de trabalho rural do autor até o advento da incapacidade.

Os depoimentos das duas testemunhas, em audiência ocorrida em 22/6/2016, praticamente idênticos, foram genéricos e mal circunstanciados, pois se reportaram genericamente ao trabalho do autor na roça até cerca de dois anos, em razão de problemas de saúde.

As duas testemunhas afirmaram conhecer o autor há mais de trinta anos e que ele somente trabalhou no campo e nunca na cidade, sem a ajuda de empregados, mas não esclareceram se ele trabalhava em propriedade própria ou da família.

Ocorre que tal afirmação contrapõe-se aos dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, que demonstram algumas atividades urbanas nos anos de 1985; 1987; 1992 e 2000. Ademais, o mesmo cadastro, atualizado em 14/8/2014, também revela endereço urbano do autor - diverso do imóvel rural indicado como local de residência e exercício de atividades rurais.

Nesse passo, a prova testemunhal é assaz simplória e assim, mostra-se insatisfatória para a prova dos fatos alegados.

Enfim, não há certeza a respeito do efetivo exercício de atividade de rural da parte autora até o advento de incapacidade.

Entendo que a fragilidade probatória nestes autos é gritante, não havendo nos autos elementos mínimos para a comprovação dos fatos constitutivos do direito da parte autora.

Nessas circunstâncias, ainda que constatada a incapacidade laboral do autor, os demais requisitos legais para a concessão do auxílio-doença não foram preenchidos.

Nesse sentido, cito o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. NÃO IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. IMPROCEDÊNCIA.

Remessa oficial conhecida, em observância ao disposto no § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.

A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que, após cumprida a carência exigida em lei, estando ou não em gozo do auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade laborativa que lhe garanta a própria subsistência.

Caracteriza-se a perda da qualidade de segurado o fato da parte autora estar afastada das atividades laborativas, não comprovando que, à época de sua paralisação, estava acometida de males incapacitantes.

Inviável a concessão do benefício pleiteado, em face da não implementação dos requisitos legais.

Ausência de condenação da parte autora nas verbas da sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita.

Remessa oficial e apelação do INSS providas.

(TRF/3ª Região, APELREE 890509, Proc. 2003.03.99.024574-2, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, DJF3 10/12/2008, p. 472)

Dessa forma, concluo pelo não preenchimento dos requisitos exigidos à concessão do benefício pretendido, sendo improcedente o pedido da parte autora.

Condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 4º, III, do Novo CPC, mas fica suspensa a exigibilidade, segundo a regra do artigo 98, § 3º, do mesmo código, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, *anulo, de ofício, a r. sentença e, ex vi o artigo 1.013, § 3º, II, do CPC/2015, julgo improcedente o pedido de concessão de benefício por incapacidade laboral aduzido na inicial. Dou por prejudicada a análise da apelação interposta.*

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0003037-93.2017.4.03.9999

(2017.03.99.003037-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: ILDA PASSAIA NUNES

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE LENÇÓIS PAULISTA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO

Classe do Processo: ApelReex 2218608

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. ART. 48, “CAPUT”, E § 3º DA LEI 8.213/91. ATIVIDADE RURAL E URBANA COMPROVADAS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. CONCOMITANTE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA OU RURAL COM O IMPLEMENTO DO REQUISITO ETÁRIO. INEXIBILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. O benefício de aposentadoria por idade urbana exige o cumprimento de dois requisitos: a) idade mínima, de 65 anos, se homem, ou 60 anos, se mulher; e b) período de carência (art. 48, “caput”, da Lei nº 8.213/91).
2. Início de prova material, corroborado por prova testemunhal, enseja o reconhecimento do tempo laborado como trabalhador rural. A atividade rural desempenhada em data anterior a novembro de 1991 pode ser considerada para averbação do tempo de serviço, sem necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias.
3. A Lei 11.718, de 20 de junho de 2008, ao introduzir o § 3, do art. 48, do mencionado diploma legal, permitiu a aposentadoria por idade híbrida, possibilitando a contagem cumulativa do tempo de labor urbano e rural, para fins de aposentadoria por idade.
4. Em se tratando de aposentadoria por idade híbrida, não se exige a simultaneidade entre o implemento do requisito etário e o exercício da atividade laborativa, seja esta urbana ou rural. Precedentes do STJ e desta Corte.
5. Comprovadas as atividades rurais e urbanas pela carência exigida, e preenchida a idade necessária à concessão do benefício, faz jus a parte autora ao recebimento da aposentadoria por idade.
6. Apelação e remessa necessária parcialmente providas. Fixados, de ofício, os consectários legais.

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 remessa necessária e à apelação do INSS, fixando, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de abril de 2017.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de ação previdenciária proposta por ILDA PASSAIA NUNES em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por idade rural.

Contestação do INSS, pugnando, em sede preliminar, pela extinção do processo, sem resolução do mérito, em razão da inexistência de prévio requerimento administrativo. No mérito, pede a improcedência do pedido, uma vez que a parte autora não teria preenchido os requisitos legais para a concessão do benefício pleiteado (fls. 35/40).

Réplica da autora (fls. 49/84).

Foram colhidos os depoimentos da autora e de suas testemunhas (mídia de fl. 106).

Sentença às fls. 131/135 pela procedência do pedido, fixando a sucumbência e a remessa necessária.

Apelação do INSS às fls. 142/148, sustentando, em síntese, a improcedência do pedido formulado na exordial.

Com contrarrazões (fls. 163/179), 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 idade é concedido, desde que demonstrado o cumprimento da carência, ao segurado trabalhador rural que tenha 60 anos de idade, se homem, ou 55 anos se mulher (§ 1º, artigo 48 da Lei nº 8.213/91).

O artigo 143 da Lei nº 8.213/1991, com redação determinada pela Lei nº 9.063, de 28.04.1995, dispõe que:

O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea “a” do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício.

Por sua vez, de acordo com o estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010.

No entanto, dada à função social protetiva que permeia a Previdência Social, extraída dos arts. 1º, 3º, 194 e 201, da Constituição da República, constata-se inadmissível a exigência do pagamento de tais contribuições pelo trabalhador rural, sobretudo pela informalidade das atividades desenvolvidas nesta seara, impondo destacar que a relação de labor rural exprime inegável relação de subordinação, pois as contratações ocorrem diretamente pelo produtor ou pelos denominados “gatos”.

Repise-se, aliás, que o dever de recolhimento das contribuições previdenciárias constitui ônus do empregador, o qual não pode ser transmitido ao segurado, que restaria prejudicado por negligente conduta a este não imputável (Nesse sentido: STJ - 5ª Turma, REsp 566405, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 15/12/2003; TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AC 2000.03.99.006110-1, Rel. Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 15/05/2001, RTRF-3ª Região 48/234).

Por outro lado, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a “necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias só é evidenciada para os casos em que se pleiteia o benefício aposentadoria por tempo de contribuição, tendo em vista que em caso de aposentadoria por idade rural, aplica-se o disposto no art. 39, I, da Lei 8.213/1991. Vale dizer, basta a comprovação do efetivo exercício da atividade rural, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que de forma descontínua, em período anterior ao requerimento do benefício, por período igual ao número de meses de carência do benefício.” (AgRg no REsp 1.537.424/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 03/09/2015).

Assim, comprovado o exercício de atividade rural pelo prazo determinado na Lei nº 8.213/1991, bem como o implemento da idade estipulada, as situações fáticas que levam à aquisição de direito a benefícios previdenciários, mesmo que constituídas anteriormente à sua vigência, subordinam-se aos seus efeitos jurídicos.

Cumpram-se ressaltar que os arts. 2º e 3º da Lei nº 11.718/08 não estabeleceram a fixação de prazo decadencial à aposentadoria por idade rural perquirida pelos que implementaram a idade após 31.12.2010, mas apenas traçaram novo regramento para comprovação de atividade rural (Nesse sentido: TRF - 10ª Turma, AC 1639403, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, e-DJF3 Judicial 1: 13.10.2011).

Nos casos em que a parte autora completa o requisito etário após 31.12.2010, já não se submete às regras de transição dos arts. 142 e 143, devendo preencher os requisitos previstos no art. 48, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.213/91 (com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.718/2008): 60 (sessenta) anos de idade, se homem, 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, tempo de efetiva atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período correspondente à carência exigida para o benefício, isto é, 180 (cento e oitenta) meses.

No que tange ao imediatismo do trabalho rural ao requerimento do benefício de que trata a lei, ficou assentado em recente decisão proferida em sede de Recurso Especial Representativo de Controvérsia que o trabalhador rural tem que estar exercendo o labor campestre ao completar a idade mínima exigida na lei, momento em que poderá requerer seu benefício. Confira-se:

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 1.354908/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. em 09/09/2015, DJe 10/02/2016).

Com efeito, o tempo de serviço do trabalhador rural exercido antes da data de início de vigência da Lei nº 8.213/1991, é de ser computado e averbado, independentemente do recolhimento das contribuições correspondentes.

Assim, a comprovação do tempo de serviço, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado, nos termos do artigo 55, § 3º, da aludida norma legal, produz efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida, porém, a prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.

É certo que a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, nos termos da Súmula 149: "(...) A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário (...)". Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CERTIDÃO DE CASAMENTO. MARIDO LAVRADOR. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL.

1. A comprovação da atividade laborativa do rurícola deve-se dar com o início de prova material, ainda que constituído por dados do registro civil, como certidão de casamento onde consta à profissão de lavrador atribuída ao marido da Autora. Precedentes da Terceira Seção do STJ.

2. Recurso especial conhecido em parte e provido (...).

(REsp 707.846/CE, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 14/3/2005).

Importante anotar, contudo, que não se exige que a prova material se estenda por todo o período de carência, mas é imprescindível que a prova testemunhal amplie a eficácia probatória dos documentos, como se verifica nos autos. No mesmo sentido:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA NO PERÍODO DE CARÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL AMPLIADO POR PROVA TESTEMUNHAL. PEDIDO PROCEDENTE.

1. É firme a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que, para concessão de aposentadoria por idade rural, não se exige que a prova material do labor agrícola se refira a todo o período de carência, desde que haja prova testemunhal apta a ampliar a eficácia probatória dos documentos, como na hipótese em exame.

2. Pedido julgado procedente para, cassando o julgado rescindendo, dar provimento ao recur-

so especial para restabelecer a sentença (...).

(AR 4.094/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/10/2012).

A matéria, a propósito, foi objeto de Recurso Especial Representativo de Controvérsia:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.

2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil “a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso”. Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, “não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento” (Súmula 149/STJ).

3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes.

4. A Lei de Benefícios, ao exigir um “início de prova material”, teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente.

5. Ainda que inexistia prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.

6. No caso concreto, mostra-se necessário decotar, dos períodos reconhecidos na sentença, alguns poucos meses em função de os autos evidenciarem os registros de contratos de trabalho urbano em datas que coincidem com o termo final dos interregnos de labor como rurícola, não impedindo, contudo, o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço, mormente por estar incontroversa a circunstância de que o autor cumpriu a carência devida no exercício de atividade urbana, conforme exige o inc. II do art. 25 da Lei 8.213/91.

7. Os juros de mora devem incidir em 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da Súmula nº 204/STJ, por se tratar de matéria previdenciária. E, a partir do advento da Lei 11.960/09, no percentual estabelecido para caderneta de poupança. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(STJ - 1ª Seção, REsp 1.348.622/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 23/08/2013).

Ressalto, ainda, que se encontra pacificado no Superior Tribunal de Justiça que a qualificação da mulher como “doméstica” ou “do lar” na certidão de casamento não descaracteriza sua condição de trabalhadora rural, uma vez que é comum o acúmulo da atividade rural com a doméstica, de forma que a condição de rurícola do marido contido no documento matrimonial pode ser estendida à esposa. Nessa linha, julgados da Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO ONDE CONSTA O MARIDO LAVRADOR.

EXTENSÃO DA QUALIDADE DE TRABALHADOR RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR À ESPOSA. PRECEDENTES.

1. Conforme consignado na análise monocrática, consta dos autos a certidão de casamento da autora com o Sr. Sebastião Maurílio da Silva, já falecido, e lá qualificado como lavrador que, aliada à prova testemunhal, dão conta do exercício de atividade rural exercido em regime de economia familiar. Tal fato é reconhecido pela própria Corte.

2. Ora, se o Tribunal de origem reconheceu que há documento público do qual se consta como profissão do marido da autora lavrador e que houve testemunha para corroborar o depoimento da recorrente, não poderia ter decidido que “o Plano de Benefícios da Previdência Social, Lei nº 8.213/91, não admite prova exclusivamente testemunhal para comprovação de tempo de serviço, dispondo em seu artigo 55, parágrafo 3º, que a prova testemunhal só produzirá efeito quando baseada em início de prova material.” Isto, frise-se novamente, porque há certidão de casamento onde a profissão de seu falecido esposo como rurícola.

3. Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o documento probante da situação de camponês do marido é extensível à esposa, ainda que desenvolva tarefas domésticas, ante a situação de camponeses comum ao casal.

4. Saliente-se, por fim, que não há violação do enunciado da Súmula 7/STJ quando a decisão desta Corte se fundamenta nas próprias premissas traçadas pela Corte de origem para fundamentar sua decisão.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1448931/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 02/06/2014).

Ocorre que, a parte autora anexou aos autos razoável início de prova material em que consta o termo “lavrador”, consubstanciado em cópia de sua certidão de casamento (03.10.1959; profissão do marido; fl. 26). Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. VERIFICAÇÃO DO ACERVO PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DA ATIVIDADE. EXTENSÃO DA CONDIÇÃO DE TRABALHADOR RURAL DE UM DOS CÔNJUGES.

I - A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que constitui valoração, e não reexame de provas, a verificação do acervo probatório dos autos com vistas a confirmar o alegado exercício de atividade rurícola (AgRg no REsp 880.902/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 12/03/2007, p. 329).

II - O precedente indicado pela embargante como paradigma retrata, de fato, o entendimento consolidado por esta Colenda Seção, segundo o qual, diante das dificuldades encontradas pelos trabalhadores rurais para a comprovação do tempo de serviço prestado nas lides camponesas, o exame das provas colacionadas aos autos não encontra óbice na Súmula 7 do STJ, por consistir em devida reavaliação do acervo probatório (AgRg no REsp 1150564/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 13/12/2010).

III - Este Superior Tribunal de Justiça, nas causas de trabalhadores rurais, tem adotado critérios interpretativos favorecedores de uma jurisdição socialmente justa, admitindo mais amplamente documentação comprobatória da atividade desenvolvida.

IV - Seguindo essa mesma premissa, firmou posicionamento segundo o qual as certidões de nascimento, casamento e óbito, bem como certidão da Justiça Eleitoral, carteira de associação ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais e contratos de parceria agrícola são aceitos como início da prova material, nos casos em que a profissão rural estiver expressamente consignada.

V - Da mesma forma, admite que a condição profissional de trabalhador rural de um dos cônjuges, constante de assentamento em Registro Civil, seja extensível ao outro, com vistas à

comprovação de atividade rural.

VI - Orienta ainda no sentido de que, para a concessão de aposentadoria por idade rural, não se exige que a prova material do labor agrícola se refira a todo o período de carência, desde que haja prova testemunhal apta a ampliar a eficácia probatória dos documentos (AR 4.094/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 26/09/2012, DJE 08/10/2012).

VII - Embargos de Divergência acolhidos.

(STJ - 3ª Seção, ERESP 201200872240, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJE 05.03.2015) - grifo nosso.

Observo, ainda que, no que tange ao trabalho urbano eventualmente exercido pelo segurado ou por seu cônjuge, cuja qualificação como lavrador lhe é extensiva, encontra-se pacificado nesta Corte que o desempenho de atividade urbana, de per si, não constitui óbice ao reconhecimento da aposentadoria rural, desde que tenha sido exercido por curtos períodos, especialmente em época de entressafra, quando o trabalhador campesino recorre a trabalhos esporádicos em busca da sobrevivência. Outrossim, não afasta o direito ao benefício vindicado, quando restar provada a predominância da atividade rural durante todo o período produtivo de exercício laboral, como no presente caso. Nesse sentido, esta Corte vem decidindo: (AC nº 2016.03.99.000518-0/SP, decisão monocrática, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, 9ª Turma, DJe 14/06/2016 e APELREEX nº 0019905-93.2010.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, 8ª Turma, julgado em 06/05/2013, DJF3 Judicial 1 - 20/05/2013).

As testemunhas ouvidas em Juízo (mídia de fl. 106), por sua vez, corroboraram, parcialmente, o alegado na exordial, não remanescendo quaisquer dúvidas quanto ao exercício, pela parte autora, de atividade rural em alguns dos períodos pleiteados.

Assim, verifico que a parte autora completou a idade necessária à concessão do benefício de aposentadoria rural em 05.10.1995. Todavia, consoante se infere do seu depoimento pessoal, deixou o trabalho rural antes dos 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, momento, portanto, anterior ao implemento do requisito etário.

Destarte, constatado que na ocasião em que atingiu o requisito etário exigido à aposentadoria por idade rural (1995), a parte autora não mais exercia atividades no campo, resta incabível a concessão do benefício pleiteado, diante da ausência de imediatismo.

Entretanto, ao analisar o extrato do CNIS da requerente, percebe-se que esta efetuou recolhimento ao INSS, na qualidade de contribuinte individual, entre 01.12.1991 a 31.03.1994.

Por sua vez, também, restou comprovado o exercício de atividades no campo entre 03.10.1959 a 01.01.1967.

Desta forma, apesar de a parte autora não possuir direito à aposentadoria por idade rural, pode-se conceder o benefício na modalidade híbrida.

Com efeito, o § 3º, do art. 48, da Lei nº 8.291/91, introduzido pela Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008, permitiu a aposentadoria por idade híbrida, possibilitando a contagem cumulativa do tempo de labor urbano e rural, para fins de aposentadoria por idade. Nessa esteira:

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.
(REsp 1367479/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/09/2014, DJe 10/09/2014) - grifo nosso.

Consigne-se, ao ensejo, que em se tratando de aposentadoria por idade híbrida não se exige a simultaneidade entre o implemento do requisito etário e o exercício da atividade laborativa, seja esta urbana ou rural. No mais, não há vedação para que o tempo de serviço rural, anterior à Lei nº 8.213/91, seja considerado para efeito de carência, tampouco há exigência de recolhimento das respectivas contribuições. Nesse diapasão, colaciono os seguintes arestos:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA HÍBRIDA POR IDADE. ART. 48, § 3º, DA LEI Nº 8213/91. EXEGESE. MESCLA DOS PERÍODOS DE TRABALHO URBANO E RURAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL NO MOMENTO QUE ANTECEDE O REQUERIMENTO. DESNECESSIDADE. CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.213/91 PARA FINS DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE.

1. A Lei 11.718/2008, ao alterar o art. 48 da Lei 8.213/91, conferiu ao segurado o direito à aposentadoria híbrida por idade, possibilitando que, na apuração do tempo de serviço, seja realizada a soma dos lapsos temporais de trabalho rural com o urbano.
2. Para fins do aludido benefício, em que é considerado no cálculo tanto o tempo de serviço urbano quanto o de serviço rural, é irrelevante a natureza do trabalho exercido no momento anterior ao requerimento da aposentadoria.
3. *O tempo de serviço rural anterior ao advento da Lei nº 8.213/91 pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições.*
4. O cálculo do benefício ocorrerá na forma do disposto no inciso II do *caput* do art. 29 da Lei nº 8.213/91, sendo que, nas competências em que foi exercido o labor rurícola sem o recolhimento de contribuições, o valor a integrar o período básico de cálculo - PBC será o limite mínimo de salário-de-contribuição da Previdência Social.
5. A idade mínima para essa modalidade de benefício é a mesma exigida para a aposentadoria do trabalhador urbano, ou seja, 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher, portanto, sem a redução de 5 anos a que faria jus o trabalhador exclusivamente rurícola.
6. Recurso especial improvido.
(STJ - 1ª Turma, REsp 1476383, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 08/10/2015) (grifei).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. LEI Nº 11.718/08. CONTAGEM MISTA DO TEMPO DE LABOR RURAL E URBANO PARA FINS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE. POSSIBILIDADE. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL NO

MOMENTO QUE ANTECEDE O REQUERIMENTO. DESNECESSIDADE. CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.213/91 PARA FINS DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA.

[...]

6. Nesse ponto, destaco que a insurgência do INSS não merece acolhimento. *A aposentadoria híbrida tem por objetivo alcançar os trabalhadores que, ao longo de sua vida, mesclaram períodos de labor urbano e rural, sem, contudo, perfazer tempo suficiente para se aposentar em nenhuma dessas duas atividades, quando isoladamente consideradas, permitindo-se, assim, a somatória de ambos os tempos. Ao contrário do alegado, a Lei não faz distinção acerca de qual seria a atividade a ser exercida pelo segurado no momento imediatamente anterior ao requerimento administrativo, sequer veda a possibilidade de se computar o referido tempo de labor campesino, anterior à vigência da Lei nº 8.213/91, para fins de carência. Apenas exige a elevação do requisito etário, ou seja, o mesmo relacionado à aposentadoria por idade urbana, consoante já exposto nesse arrazoado, diferenciando tal modalidade de aposentação daquela eminentemente rurícola.*

[...]

(TRF - 3ª Região, 7ª Turma, AC 00107863520154039999, Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, e-DJF3 Judicial 1: 23/06/2016) (grifei).

Conforme já constatado, a parte autora comprovou o exercício de atividade rural no período de 03.10.1959a 30.12.1967.

De outro turno, evidencia-se por extrato do CNIS (fls. 17/18), documento dotado de presunção de veracidade, que não foi impugnado pela autarquia previdenciária, o efetivo recolhimento de contribuições previdenciárias ao INSS nos interregnos de 01.12.1991 a 31.03.1994.

Assim sendo, tendo a parte autora completado 60 anos de idade em 05.10.2000, bem como cumprido o tempo de atividade urbana e rural por período superior ao legalmente exigido, nos moldes do art. 48, *caput*, e § 3º, da Lei nº 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria por idade híbrida, observada eventual prescrição quinquenal.

O benefício é devido a partir da data do requerimento administrativo (D.E.R.) ou, na sua ausência, a partir da citação.

Observe que 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.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença de primeiro grau, nos termos da Súmula 111 do E. STJ. Entretanto, mantenho os honorários como fixados na sentença, em respeito ao princípio da vedação à *reformatio in pejus*.

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).

Caso a parte autora esteja recebendo benefício previdenciário concedido administrativamente, deverá optar, à época da liquidação de sentença, pelo benefício judicial ou administrativo que entenda ser mais vantajoso.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA NECESSÁRIA E Á APELAÇÃO DO INSS, para julgar parcialmente procedente o pedido, e conceder a parte autora o benefício de aposentadoria por idade híbrida, a partir da citação (27.01.2014, fl. 32), observada eventual prescrição quinquenal, tudo nos termos acima delineados, fixando, de ofício, os consectários legais.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora ILDA PASSAIA NUNES, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja *implantado de imediato o benefício de APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA*, com D.I.B. em 2701.2014 (fl. 32), e R.M.I. no valor de um salário mínimo, tendo em vista os arts. 497 e seguintes do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

É *como voto*.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004442-67.2017.4.03.9999
(2017.03.99.004442-5)

Apelante: GUSTAVO DE SOUZA BACCHIEGGA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE PENAPÓLIS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 22208842
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE. FILHO UNIVERSITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC/1973). IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO APÓS O FILHO DEPENDENTE COMPLETAR 21 ANOS DE IDADE.

I - São dependentes do segurado os filhos menores de 21 (vinte e um) anos, ou inválidos, nos termos do art. 16, inciso I da Lei nº 8.213/91.

II - A princípio, o tema em comento mostrava-se controvertido, havendo decisões de Tribunais, às quais me filiava, no sentido de que o filho universitário do segurado instituidor faz jus à prorrogação do benefício de pensão por morte até que este conclua o curso superior ou complete 24 anos de idade, o evento que ocorrer primeiro.

III - Todavia, o E. STJ, ao apreciar recurso especial representativo de controvérsia, na forma prevista no art. 543-C do CPC/1973, assentou o entendimento de que descabe o restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, a qual admite como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo.

IV - Há que prevalecer o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual se reconhece a impossibilidade de prorrogação do benefício de pensão por morte após o filho dependente/beneficiário completar 21 (vinte e um), impondo-se, assim, a manutenção da improcedência do pedido.

V - Apelação da parte autora improvida.

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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de abril de 2017.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente pedido formulado em ação previdenciária, através da qual objetiva a parte autora a prorrogação do benefício de pensão por morte (NB: 133.473.464-7) até a conclusão do curso universitário. O demandante foi condenado ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.500,00, observada a gratuidade.

Em suas razões recursais, alega o autor que a possibilidade de prorrogação da pensão está amparada pela Constituição da República, devendo ser aplicada ao caso a interpretação extensiva ao artigo 35, § 1º, da Lei nº 9.250/95. Assevera que as disposições legais que fixam como termo final do benefício de pensão por morte o alcance da idade de 21 anos, independentemente da aferição de outros fatores relevantes que possam evidenciar a continuidade do estado de dependência, padecem de flagrante inconstitucionalidade, uma vez que desvirtuam a natureza e finalidade do disposto no artigo 201, V, da Constituição da República, além de violar o artigo 205 da Carta Magna, que estatui que o direito à educação é dever de todos e deverá ser incentivada e promovida pelo Estado, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Aduz, por fim, que os dispositivos legais que fixam o limite de 21 anos como termo final da condição de dependente, para efeito de percepção do benefício de pensão por morte, devem ser interpretados em conformidade com a Constituição da República, de modo a se entender que o alcance da referida idade somente será causa para a extinção da qualidade de dependente do cidadão se este não se encontrar cursando universidade, hipótese em que a manutenção da qualidade de dependente e do direito ao recebimento da pensão serão prorrogados até o término de sua formação acadêmica ou o implemento da idade limite de 24 anos, quando se presume ter adquirido condições de manter o próprio sustento.

Sem contrarrazões, subiram os autos à Superior Instância.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Objetiva o autor a prorrogação do benefício de pensão por morte (NB: 133.473.464-7; fl.34), na qualidade de filho de João Bacchiegga Filho, falecido em 02.12.1999 (fl. 23).

Insta acentuar que são dependentes do segurado os filhos menores de 21 (vinte e um) anos, ou inválidos, nos termos do art. 16, inciso I da Lei nº 8.213/91.

A princípio, o tema em comento mostrava-se controvertido, havendo decisões de Tribunais, às quais me filiava, no sentido de que o filho universitário do segurado instituidor faz jus à prorrogação do benefício de pensão por morte até que este conclua o curso superior ou complete 24 anos de idade, o evento que ocorrer primeiro.

Todavia, o E. STJ, ao apreciar recurso especial representativo de controvérsia, na forma prevista no art. 543-C do CPC, assentou o entendimento de que descabe o restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei

previdenciária, a qual admite como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo. Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. OMISSÃO DO TRIBUNAL A QUO. NÃO OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO FATO GERADOR. OBSERVÂNCIA. SÚMULA 340/STJ. MANUTENÇÃO A FILHO MAIOR DE 21 ANOS E NÃO INVÁLIDO. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.

1. Não se verifica negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem examina a questão supostamente omitida “de forma criteriosa e percuciente, não havendo falar em provimento jurisdicional faltoso, senão em provimento jurisdicional que desampara a pretensão da embargante” (REsp 1.124.595/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 20/11/09).

2. A concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Inteligência da Súmula 340/STJ, segundo a qual “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

3. Caso em que o óbito dos instituidores da pensão ocorreu, respectivamente, em 23/12/94 e 5/10/01, durante a vigência do inc. I do art. 16 da Lei 8.213/91, o qual, desde a sua redação original, admite, como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.

4. Não há falar em restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo. Precedentes.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(REsp 1.369.832/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 07.08.2013).

Sendo assim, curvo-me ao entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, concluindo pela impossibilidade de prorrogação do benefício de pensão por morte após o filho dependente/beneficiário completar 21 (vinte e um), impondo-se, assim, a manutenção da improcedência do pedido.

Diante do exposto, *nego provimento à apelação da parte autora*. Em se tratando de beneficiário da Justiça Gratuita, não há ônus de sucumbência a suportar.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0005472-40.2017.4.03.9999

(2017.03.99.005472-8)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: LUIZ FERNANDO LOURENÇO DA SILVA

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CÂNDIDO MOTA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Classe do Processo: ApelReex 2222102

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. DEFICIENTE. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. REEXAME NECESSÁRIO INCABÍVEL. REQUISITOS LEGAIS SATISFEITOS. BENEFÍCIO CONCEDIDO. VERBA HONORÁRIA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

- O Novo CPC modificou o valor de alçada para causas que devem obrigatoriamente ser submetidas ao segundo grau de jurisdição, dizendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferiores a 1.000 salários mínimos.

- Para a concessão do benefício de assistência social faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: 1) ser pessoa portadora de deficiência ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais (art. 34 do Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741 de 01.10.2003); 2) não possuir meios de subsistência próprios ou de tê-la provida por sua família.

- *In casu*, restaram comprovados os quesitos deficiência e hipossuficiência familiar.

- No tocante à *incapacidade*, do laudo médico-pericial acostado nos autos, depreende-se que a parte autora seria portadora de “doença respiratória e psiquiátrica”, vale dizer, “doença pulmonar obstrutiva crônica controlada - tendo sido internada para tratamento de tuberculose - além de tabagismo e transtorno de ansiedade”, constatadas limitações e incapacidade para o trabalho, de ordem *parcial e permanente*, desde *julho/2012*. Merece destaque aqui sua ocupação, ao longo do ciclo laborativo, na condição de “trabalhador rural” (por mais de 20 anos, de acordo com o resultado da pesquisa ao banco de dados CNIS, em fls. 51/53), inferindo-se, pois, o comprometimento do exercício regular de suas atividades, em virtude das doenças retromencionadas.

- Por sua vez, observara-se *estudo social* produzido aos 21/07/2014, revelando que o autor (aos 39 anos de idade, à época) residiria numa “barraca de camping” instalada em espaço cedido - no quintal da residência de sua irmã (48 anos), a qual coabitaria com o filho do autor (aos 07 anos); esclareceu-se que, no tocante à alimentação e à higiene, seriam praticadas pelo autor na moradia da irmã. Segundo o laudo social, enquanto o autor não possuiria qualquer renda, sua irmã auferiria R\$ 825,00/mês desempenhando atividades de “camareira” (vale destacar que o CNIS de fls. 84/87 aponta valores mais atualizados, então para o mês de *fevereiro/2013* o montante de R\$ 1.091,03), recebendo ainda, bimestralmente, R\$ 60,00 relativos a “cartão alimentação” fornecido pelo Poder Público.

- Em suma: o autor não possui moradia, nem tampouco renda, presumindo-se sequer haver perspectiva de trabalho, em virtude da debilidade de sua saúde. Vale-se, pois, dos préstimos da irmã, a qual - a propósito - já zela pelo rebento (do autor).
- Referentemente à *verba honorária*, deverá ser mantida em percentual de 10%, nos termos da r. sentença, apenas esclarecendo-se que incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.
- A *correção monetária e os juros moratórios* incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, por ocasião da execução do julgado.
- Remessa oficial não conhecida.
- Apelação do INSS parcialmente provida.

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, não conhecer da remessa oficial e dar parcial provimento à apelação do INSS*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2017.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de ação ajuizada em 03/06/2013 objetivando a *concessão de benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência*, desde a data da postulação administrativa, aos 03/09/2012 (sob NB 553.069.692-5, fl. 13).

Data de nascimento da parte autora - 29/08/1974 (fl. 09).

Documentos (fls. 09/40) - com cópia de CTPS em fls. 11/12.

Justiça gratuita concedida (fl. 42).

Citação em 15/07/2013 (fl. 42vº).

Estudo socioeconômico (fls. 151/156).

Laudo médico-pericial (fls. 207/209).

CNIS/Plenus (fls. 50/91) - revelando vinculação empregatícia notadamente na condição de “rurícola”, entre anos de 1991 e 2011, comprovando-se, ainda, deferimento de “auxílio-doença” à parte demandante (fls. 51/53, 72/76), nas seguintes ocasiões: de 21/02/2002 a 06/03/2003 (sob NB 123.152.877-7), de 25/09/2003 a 11/02/2004 (sob NB 502.129.800-0), de 23/06/2006 a 03/11/2006 (sob NB 570.018.369-9), de 03/11/2008 a 30/11/2008 (sob NB 532.897.222-4) e de 18/02/2009 a 18/03/2009 (sob NB 534.591.300-1).

A r. sentença prolatada em 01/02/2016, parcialmente modificada por força de embargos de declaração (fls. 219/221, 225/227 e 235), *julgou procedente* o pedido, fixando o termo inicial da benesse na data do requerimento administrativo indeferido, com incidência de juros de mora e correção monetária sobre os atrasados, a serem apurados; condenação da autarquia em despesas processuais, além de verba honorária à razão de 10% sobre o total computado

até a sentença; isenção das custas processuais. Tutela antecipada concedida. Remessa oficial determinada.

O INSS apelou (fls. 228/233), pugnando pelos reexame necessário de toda matéria e reforma total do julgado, à falta de comprovação, tanto do *quesito da hipossuficiência* (porquanto a renda mensal familiar sobreviria de salário auferido pela irmã do autor, em montante de R\$ 825,00), quanto do *requisito da inaptidão laboral* (neste ponto, a incapacidade demonstrada seria de natureza parcial e definitiva); noutra hipótese, se mantida a concessão do benefício, roga a autarquia pela redução da verba honorária para patamar mínimo, além da reparação do decisum quanto aos critérios adotados, dos juros de mora e da atualização monetária, a se observar a letra da Lei nº 9.494/97, com a nova redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Com contrarrazões (fls. 243/246), vieram os autos a esta Corte.

É O RELATÓRIO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

De início, quanto à r. sentença, cumpre dar ênfase às datas, de sua prolação (aos 01/02/2016 - fl. 221, e dos embargos de declaração aos 10/03/2016 - fl. 235) e ciência (disponibilização, via sistema informatizado, aos 15/02/2016 - fl. 223, e dos declaratórios, aos 11/04/2016 - fl. 235vº; e intimação pessoal do INSS, aos 22/02/2016 - fl. 224).

Da Remessa Oficial

O novo Estatuto processual trouxe inovações no tema da remessa *ex officio*, mais especificamente, estreitou o funil de demandas cujo trânsito em julgado é condicionado ao reexame pelo segundo grau de jurisdição, para tanto elevou o valor de alçada, *verbis*:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

...

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Convém recordar que no antigo CPC, dispensava do reexame obrigatório a sentença proferida nos casos CPC, art. 475, I e II sempre que a condenação, o direito controvertido, ou a procedência dos embargos em execução da dívida ativa não excedesse a 60 (sessenta) salários mínimos. *Contrario sensu*, aquelas com condenação superior a essa alçada deveriam ser enviadas à Corte de segundo grau para que pudesse receber, após sua cognição, o manto da coisa julgada.

Pois bem. A questão que se apresenta, no tema Direito intertemporal, é de se saber se as demandas remetidas ao Tribunal antes da vigência do Novo Diploma Processual - e, consequentemente, sob a égide do antigo CPC - vale dizer, demandas com condenações da União e autarquias federais em valor superior a 60 salários mínimos, mas inferior a 1000 salários mínimos, se a essas demandas aplicar-se-ia o novel Estatuto e com isso essas remessas não seriam conhecidas (por serem inferiores a 1000 SM), e não haveria impedimento - salvo recursos voluntários das partes - ao seu trânsito em julgado; ou se, pelo contrário, incidiria o antigo CPC (então vigente ao momento em que o juízo de primeiro grau determinou envio ao Tribunal) e persistiria, dessa forma, o dever de cognição pela Corte Regional para que, então, preenchida fosse a condição de eficácia da sentença.

Para respondermos, insta ser fixada a natureza jurídica da remessa oficial.

Natureza Jurídica Da Remessa Oficial

Cuida-se de *condição de eficácia da sentença*, que só produzirá seus efeitos jurídicos após ser ratificada pelo Tribunal.

Portanto, não se trata o reexame necessário de recurso, vez que a legislação não a tipificou com essa natureza processual.

Apenas com o reexame da sentença pelo Tribunal haverá a formação de coisa julgada e a eficácia do teor decisório.

Ao reexame necessário aplica-se o princípio inquisitório (e não o princípio dispositivo, próprio aos recursos), podendo a Corte de segundo grau conhecer plenamente da sentença e seu mérito, inclusive para modificá-la total ou parcialmente. Isso ocorre por não ser recurso, e por a remessa oficial implicar *efeito translativo* pleno, o que, eventualmente, pode agravar a situação da União em segundo grau.

Finalidades e estrutura diversas afastam o reexame necessário do capítulo recursos no processo civil.

Em suma, constitui o instituto em “condição de eficácia da sentença”, e seu regramento será feito por normas de direito processual.

Direito intertemporal

Como vimos, não possuindo a remessa oficial a natureza de recurso, na produz *direito subjetivo processual* para as partes, ou para a União. Esta, enquanto pessoa jurídica de Direito Público, possui direito de recorrer voluntariamente. Aqui temos direitos subjetivos processuais. Mas não os temos no reexame necessário, condição de eficácia da sentença que é.

A propósito oportuna lição de Nelson Nery Jr.:

A remessa necessária não é recurso, mas condição de eficácia da sentença. Sendo figura processual distinta da do recurso, a ela não se aplicavam as regras do direito intertemporal processual vigente para os eles: a) cabimento do recurso rege-se pela lei vigente à época da prolação da decisão; b) o procedimento do recurso rege-se pela lei vigente à época em que foi efetivamente interposto o recurso - Nery. Recursos, n° 37, pp. 492/500. Assim, a L 10352/01,

que modificou as causas em que devem ser obrigatoriamente submetidas ao reexame do tribunal, após a sua entrada em vigor, teve aplicação imediata aos processos em curso. Consequentemente, havendo processo pendente no tribunal, enviado mediante a remessa necessária do regime antigo, o tribunal não poderá conhecer da remessa se a causa do envio não mais existe no rol do CPC 475. É o caso por exemplo, da sentença que anulou o casamento, que era submetida antigamente ao reexame necessário (ex- CPC 475 I), circunstância que foi abolida pela nova redação do CPC 475, dada pela L 10352/01. Logo, se os autos estão no tribunal apenas para o reexame de sentença que anulou o casamento, o tribunal não pode conhecer da remessa.

Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª edição, pág 744.

Por consequência, como o Novo CPC modificou o valor de alçada para causas que devem obrigatoriamente ser submetidas ao segundo grau de jurisdição, dizendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferior a 1000 salários mínimos, esse preceito tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, inobstante remetidos pelo juízo *a quo* na vigência do anterior Diploma Processual.

Senão vejamos.

O benefício de assistência social foi instituído com o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham, não tenham meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias. Neste aspecto está o lastro social do dispositivo inserido no artigo 203, V, da Constituição Federal, que concretiza princípios fundamentais, tais como o de respeito à cidadania e à dignidade humana, ao preceituar o seguinte:

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

(...)

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

De outro giro, os artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei 12.435, de 06 de julho de 2011, e o art. 34, da Lei nº 10.741 (Estatuto do Idoso), de 1º de outubro de 2003 rezam, *in verbis*:

Art. 20. O Benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.
§ 3º - *Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda "per capita" seja inferior a 1/4 do salário mínimo.*

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1(um) salário-mínimo, nos termos da Lei da Assistência Social - Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas.

O apontado dispositivo legal, aplicável ao idoso, procedeu a uma forma de limitação do

mandamento constitucional, eis que conceituou como pessoa necessitada, apenas, aquela cuja família tenha renda inferior à 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, levando em consideração, para tal desiderato, cada um dos elementos participantes do núcleo familiar, exceto aquele que já recebe o benefício de prestação continuada, de acordo com o parágrafo único, do art. 34, da Lei nº 10.741/2003.

De mais a mais, a interpretação deste dispositivo legal na jurisprudência tem sido extensiva, admitindo-se que a percepção de benefício assistencial, ou mesmo previdenciário com renda mensal equivalente ao salário mínimo, seja desconsiderada para fins de concessão do benefício assistencial previsto na Lei nº 8.742/93.

Ressalte-se, por oportuno, que os diplomas legais acima citados foram regulamentados pelo Decreto 6.214/07, o qual em nada alterou a interpretação das referidas normas, merecendo destacamento o art. 4º, inc. VI e o art. 19, *caput* e parágrafo único do referido decreto, *in verbis*:

Art. 4º Para fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:
(...)

VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos, auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios da previdência pública ou privada, comissões, pró-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.

Art 19. O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos neste Regulamento.

Parágrafo único. O valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família.

A inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da mencionada Lei nº 8.742/93 foi arguida na ADIN nº 1.232-1/DF que, pela maioria de votos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi julgada improcedente. Para além disso, nos autos do agravo regimental interposto na reclamação nº 2303-6, do Rio Grande do Sul, interposta pelo INSS, publicada no DJ de 01.04.2005, p. 5-6, Rel. Min. Ellen Gracie, o acórdão do STF restou assim ementado:

RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E IDOSO. ART. 203. CF.

- A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1232.

- Reclamação procedente.

Evidencia-se que o critério fixado pelo parágrafo 3º do artigo 20 da LOAS é o único apto a caracterizar o estado de necessidade indispensável à concessão da benesse em tela. Em outro falar, aludida situação de fato configuraria prova incontestada de necessidade do benefício constitucionalmente previsto, de modo a tornar dispensável elementos probatórios outros.

Assim, deflui dessa exegese o estabelecimento de presunção objetiva absoluta de estado de penúria ao idoso ou deficiente cuja partilha da renda familiar resulte para si montante inferior a 1/4 do salário mínimo.

Não se desconhece notícia constante do Portal do Supremo Tribunal Federal, de que aquela Corte, em recente deliberação, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais em voga (Plenário, na Reclamação 4374, e Recursos Extraordinários - REs 567985 e 580963, estes com repercussão geral, em 17 e 18 de abril de 2013, reconhecendo-se superado o decidido na ADI 1.232-DF), do que não mais se poderá aplicar o critério de renda per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para fins de aferição da miserabilidade.

Em outras palavras: deverá sobrevir análise da situação de hipossuficiência porventura existente, consoante a renda informada, caso a caso.

In casu, no tocante à *incapacidade*, do laudo médico-pericial acostado nos autos, depreende-se que a parte autora seria portadora de “doença respiratória e psiquiátrica”, vale dizer, “doença pulmonar obstrutiva crônica controlada - tendo sido internada para tratamento de tuberculose - além de tabagismo e transtorno de ansiedade”, constatadas limitações e incapacidade para o trabalho, de ordem *parcial e permanente*, desde *julho/2012*.

Merece destaque aqui sua ocupação, ao longo do ciclo laborativo, na condição de “trabalhador rural” (por mais de 20 anos, de acordo com o resultado da pesquisa ao banco de dados CNIS, em fls. 51/53), inferindo-se, pois, o comprometimento do exercício regular de suas atividades, em virtude das doenças retromencionadas.

Por sua vez, observara-se *estudo social* produzido aos 21/07/2014, revelando que o autor (aos 39 anos de idade, à época) residiria numa “barraca de camping” instalada em espaço cedido - no quintal da residência de sua irmã (48 anos), a qual coabitaria com o filho do autor (aos 07 anos); esclareceu-se que, no tocante à alimentação e à higiene, seriam praticadas pelo autor na moradia da irmã.

Segundo o laudo social, enquanto o autor não possuiria qualquer renda, sua irmã auferiria R\$ 825,00/mês desempenhando atividades de “camareira” (vale destacar que o CNIS de fls. 84/87 aponta valores mais atualizados, então para o mês de *fevereiro/2013* o montante de R\$ 1.091,03), recebendo ainda, bimestralmente, R\$ 60,00 relativos a “cartão alimentação” fornecido pelo Poder Público.

Em suma: o autor não possui moradia, nem tampouco renda, presumindo-se sequer haver perspectiva de trabalho, em virtude da debilidade de sua saúde. Vale-se, pois, dos préstimos da irmã, a qual - a propósito - já zela pelo rebento (do autor).

Sendo assim, há elementos o bastante para se afirmar que vive o autor em estado de miserabilidade. Os recursos obtidos pela família da parte requerente são insuficientes para cobrir os gastos ordinários, bem como tratamentos médicos e cuidados especiais que lhe são imprescindíveis.

E nessas condições, não é possível à parte autora ter vida digna, ou, consoante assevera a Constituição Federal, permitir-lhe a necessária dignidade da pessoa humana ou o respeito à cidadania, que são, às expressas, tidos por princípios fundamentais do almejado Estado Democrático de Direito.

Portanto, positivados os requisitos legais, é de se concluir que a parte autora tem direito ao amparo assistencial.

Referentemente à *verba honorária*, deverá ser mantida em percentual de 10%, nos termos da r. sentença, apenas esclarecendo-se que incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

A *correção monetária* e os *juros moratórios* incidirão nos termos do Manual de Orien-

tação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, por ocasião da execução do julgado.

Isso posto, NÃO CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL e DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS, apenas para esclarecer a apuração da verba honorária e ditar os critérios de fixação da correção monetária e os juros moratórios, nos moldes supraexpostos.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

Direito Processual Civil



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0014336-07.2006.4.03.6102

(2006.61.02.014336-1)

Agravantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 542/557

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Parte Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: AC 1495543

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/04/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS DE RELEVÂNCIA SOCIAL. DIREITO À EDUCAÇÃO. FIES. INAPLICABILIDADE DO CDC. CAPITALIZAÇÃO. TABELA PRICE. MULTA MORATÓRIA E PENA CONVENCIONAL. CABIMENTO. DANOS MORAIS COLETIVOS. INOCORRÊNCIA. RECÁLCULO DAS DÍVIDAS. TRÂNSITO EM JULGADO. LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO JUÍZO PROLATOR DA DECISÃO. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA. PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO. ART. 100 DO CDC. REQUISITO. PRÉVIA PUBLICIDADE DA SENTENÇA PARA HABILITAÇÃO DOS INTERESSADOS.

1. Aplica-se a Lei nº 13.105/2015 aos processos pendentes, respeitados, naturalmente, os atos consumados e seus efeitos no regime do CPC de 1973.
2. O entendimento adotado na decisão agravada está em consonância com reiteradas decisões do STJ e desta Corte, devendo-se considerar dominante a jurisprudência que predomina ou prevalece na orientação do Colegiado, ainda que encontre oposição em outros julgados.
3. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário.
4. Tratando a ação de proteção ao direito à educação, visto que visa a discutir cláusulas de contrato que envolve acesso ao ensino superior, transparece o interesse coletivo a ser protegido e, por conseguinte, a legitimidade do Ministério Público Federal.
5. Cuidando-se, na espécie, de contratos formalizados antes e depois de 14 de janeiro de 2010, e com ação ajuizada em 27/03/2006, há responsabilidade da CEF, da União Federal e do FNDE para a demanda.
6. No julgamento do RESP nº 1155684/RN, submetido ao rito dos recursos repetitivos (CPC/73, art. 543-C), o STJ firmou entendimento de que não se admite capitalização de juros convencionados nos contratos de crédito educativo, à míngua de autorização por lei específica, bem como que os ditos contratos não se submetem às regras estatuídas no Código de Defesa do Consumidor.

7. Após o supracitado julgamento, foi editada em 30/12/2010 a Medida Provisória nº 517, convertida na Lei nº 12.431/2011, que alterou a redação do art. 5º, II, da Lei nº 10.260/2001, norma específica, autorizando cobrança de juros capitalizados mensalmente nos contratos de financiamento estudantil.
8. Devem incidir juros remuneratórios anuais de 9% sobre as prestações pagas ou impagas dos contratos de FIES, até a publicação da Resolução BACEN nº 3.842/2010, em 10 de março de 2010. A partir de então, incidem apenas juros de 3,4% ao ano sobre o saldo devedor.
9. O fato superveniente deve ser levado em consideração pelo juiz no julgamento da causa, ainda que de ofício, nos exatos termos do artigo 462 do CPC/73 (atual 493), pois o provimento judicial deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega jurisdicional.
10. A Tabela PRICE se constitui em um sistema de amortização, uma fórmula matemática que tem por finalidade tão-somente estabelecer o valor mensal da prestação, não sendo parâmetro para cálculo do saldo devedor ou de imputação de encargos. Logo, não implica necessariamente capitalização de juros, não se verificando qualquer ilegalidade no seu emprego.
11. É possível a cumulação da multa contratual com a multa moratória porque não se confundem.
12. Não há interesse nem tampouco necessidade de declaração da nulidade da cláusula contratual de pena convencional referente ao percentual de 10% (dez por cento) de honorários advocatícios, uma vez que é inócua.
13. Cabe ao Juiz a fixação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil/1973 (artigo 85 do CPC/2015), não estando o magistrado vinculado à eventual cláusula contratual. Esse é o entendimento jurisprudencial, conforme anota Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Ed.Saraiva, 38a ed., nota 27 ao citado artigo 20 do CPC/1973.
14. Cabe ao Juiz da causa, no caso de cobrança de valores financiados, a fixação dos honorários advocatícios, consideradas as circunstâncias do caso concreto, independentemente da existência de cláusula contratual. O mesmo se diga quanto à fixação da responsabilidade pelas despesas processuais.
15. Não é possível a exclusão imediata de todos os mutuários dos cadastros de proteção ao crédito, visto que não se pode a priori presumir que todas as inscrições sejam indevidas.
16. Em face do disposto no art. 5º, XXXVI, da CRFB, é indubitável que o contrato válido entre as partes constitui ato jurídico perfeito, protegido pelo texto constitucional, dele irradiando, para uma ou para ambas as partes, direitos adquiridos, não podendo ser alcançado por lei superveniente à data da celebração do contrato, mesmo quanto aos efeitos futuros decorrentes do ajuste negocial.
17. O ordenamento jurídico brasileiro atribui ao regulamento, unicamente o papel de regulamentar a lei, esclarecendo o seu comando normativo, porém, sempre, observando-a, estritamente, não podendo inovar, ampliar ou restringir direitos, sob pena de ilegalidade.
18. O contrato firmado entre o estudante e a CEF constitui, em sua essência, típico contrato de adesão, ou seja, aquela modalidade contratual em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes de modo que a outra não tem poderes para debater as condições, ou mesmo introduzir modificações no esquema proposto.

19. Ante a ausência de comprovação de efetivo prejuízo no caso em apreço, incabível a condenação ao pagamento de danos morais coletivos.
20. A sentença proferida em ACP fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência do órgão prolator da decisão (Estados que compõem a 3ª Região), nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, alterado pela Lei nº 9.494/1997.
21. Diante da relevância social do tema atinente à revisão das dívidas estudantis, merece acolhimento o pedido inicial de publicação desta decisão em jornais de circulação regional dos Estados integrantes do TRF da 3ª Região.
22. Em sendo recíproca a sucumbência, os honorários advocatícios devem ser suportados pelas partes em idêntica proporção e integralmente compensados, nos moldes do art. 21, *caput*, do CPC/73 e da Súmula 306/STJ, tendo em vista o julgamento de parcial procedência da demanda.
23. Possui o MPF legitimidade ativa subsidiária para promover a liquidação e a execução da sentença coletiva, em se tratando de direitos individuais homogêneos, não podendo o ente legitimado substituir os lesados.
24. Na hipótese dos autos, ainda não está em curso a execução provisória do julgado, mas mero procedimento preparatório para a habilitação dos lesados, para, após, ser possível o início da liquidação individual ou coletiva, conforme a habilitação ou não dos supostos lesados, com a mera assistência do Ministério Público, seja em razão de sua legitimação ativa subsidiária, seja na condição de fiscal da lei.
25. Para que seja deflagrada a contagem do prazo anual, entretanto, não basta que a sentença condenatória genérica transite em julgado: é necessária, ainda, a publicação de edital divulgando a ocorrência do trânsito em julgado, aplicando-se, por analogia, a regra do artigo 94 do CDC.
26. Diante do acolhimento parcial do pedido, deve a parte ré proceder ao recálculo das dívidas decorrentes dos contratos de financiamento estudantis, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica que reconheceu a lesão ao direito individual homogêneo.
27. Recurso da CEF provido parcialmente para esse fim.
28. Parcial provimento do recurso do MPF diante da ocorrência de julgamento *citra petita* acerca da proibição da CEF de firmar novos contratos ou termos de renegociação com cláusulas consideradas abusivas nesta ação, bem assim da legitimidade do *Parquet* para instaurar a execução exsurgirá - se for o caso - após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado se não houver a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC e a reversão dos valores apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua, bem como quanto à cláusula de pena convencional referente à fixação de honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento aos agravos legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de abril de 2017.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL manifestaram agravos legais contra decisão monocrática de fls. 542/557 que, com apoio no art. 557 do CPC/73 e na Súmula 253/STJ c/c o art. 33 do RI/TRF-3ª Região, deu parcial provimento à apelação do autor e ao reexame necessário para julgar parcialmente procedente a pretensão inicial, a teor do disposto no artigo 269, I, do mesmo Código.

A CEF, em suas razões recursais de fls. 564/569, alega o seguinte:

(1) ocorrência de julgamento *ultra petita*, pois admitida a redução dos juros remuneratórios, a partir de 10/03/2010, por força da Lei nº 12.202/2010 e Resolução BACEN nº 3.842/2010, sem pedido do MPF nesse sentido;

(2) impossibilidade de julgamento monocrático em sede de ação civil pública pela ausência de previsão legal e de jurisprudência dominante;

(3) que a ação civil pública não se presta à proteção de direitos individuais disponíveis, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85;

(4) impossibilidade de se dar cumprimento à determinação de recálculo das dívidas decorrentes dos contratos de financiamento estudantis no prazo de 120 dias;

(5) que a execução do julgado deve se dar de forma individual, mediante a habilitação dos substituídos, sendo vedada a execução coletiva pelo MPF;

(6) ilegitimidade ativa do Ministério Público;

(7) que se o contrato, escudado no preceito legal do art. 5º da Lei nº 10.260/2001, que regula o sistema de financiamento pelo FIES, fixou os juros efetivos em 9% ao ano, é irrelevante a forma de sua operacionalização mensal fracionária, que, de qualquer forma, não implica transgressão à vedação da Súmula 121 do STF.

Por seu turno, o MPF requer às fls. 570/583 a integral procedência da pretensão inicial, reiterando os pedidos de:

(a) incidência do CDC aos contratos assinados;

(b) abusividade na utilização da Tabela PRICE, por ofensa ao art. 4º do Decreto nº 22.626/33 e Súmula 121 do STF, visto que a aplicação da referida tabela implica anatocismo;

(c) declaração de nulidade de cláusula contratual, retirando dela a cobrança de pena convencional de 10% para cobranças judiciais, e conferindo aos estudantes a mesma pena convencional contra a CEF;

(d) exclusão de todos os mutuários dos cadastros de proteção ao crédito.

Sustenta ainda a ocorrência de julgamento *citra petita*, pois deixou de apreciar os pedidos de condenação da CEF a não incluir nos futuros contratos do FIES as cláusulas julgadas abusivas, bem como de restituir importâncias indevidamente pagas pelos mutuários através de demandas ajuizadas individualmente, assegurando-se ao *Parquet* a liquidação e execução da dívida na forma do artigo 100 do CDC.

Ao final, pedem os recorrentes seja reconsiderada a decisão agravada ou então submetido o recurso ao Colegiado.

Os recursos são tempestivos.

Intimadas, as partes apresentaram contraminuta às fls. 586/592 e 598/612.

Memoriais da CEF às fls. 615/619.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Segundo as regras de direito intertemporal que disciplinam o sistema jurídico brasileiro no concernente à aplicação da lei no tempo, as inovações legislativas de caráter estritamente processual, como é a Lei nº 13.105/2015, devem ser aplicadas, de imediato, inclusive nos processos já em curso (art. 14).

Assim, aplica-se a lei nova aos processos pendentes, respeitados, naturalmente, os atos consumados e seus efeitos no regime do CPC de 1973.

Inicialmente, cumpre consignar que o artigo 557 do CPC/73, ao conferir poderes ao relator para julgar recursos monocraticamente, não estabelece a necessidade de existência de jurisprudência pacífica sobre as questões postas em juízo, na verdade exigindo decisão motivada em jurisprudência dominante, sendo expressões que não se confundem.

O entendimento adotado na decisão agravada está em consonância com reiteradas decisões do STJ e desta Corte, devendo-se considerar dominante a jurisprudência que predomina ou prevalece na orientação do Colegiado, ainda que encontre oposição em outros julgados.

A respeito do tema já se posicionou o STJ: AgRg no REsp 1222313/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, 1ª Turma, julgado em 16/05/2013, DJE 21/05/2013; AgRg no AREsp 276388/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª Turma, julgado em 11/06/2013, DJE 17/06/2013; AgRg no REsp 1359965/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, 3ª Turma, julgado em 16/05/2013, DJE 31/05/2013; AgRg no REsp 1317368/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, 4ª Turma, julgado em 18/06/2013, DJE 26/06/2013.

Consta de decisão agravada de fls. 542/557:

Trata-se de apelação contra sentença de fls. 477/479, declarada às fls. 494/verso, que julgou improcedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da Caixa Econômica Federal e da União Federal. Não houve condenação em custas ou honorários, na forma do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

O recorrente sustenta às fls. 497/509 que a relação entre a CEF e os mutuários possui todos os requisitos de um serviço bancário ordinário, razão pela qual se deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor.

Aduz que o questionamento das cláusulas contratuais do FIES (empréstimo que financia o ensino superior) é socialmente relevante, na medida em que atinge diversos e incontáveis titulares, restando clara a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da ação, pois trata do direito à educação.

Requer seja reformada a sentença de origem, reiterando os pedidos de:

- a) incidência do CDC aos contratos assinados;
- b) abusividade na utilização da Tabela PRICE, por ofensa ao art. 4º do Decreto nº 22.626/33 e Súmula 121 do STF, visto que a aplicação da referida tabela implica anatocismo;
- c) declaração de nulidade de cláusula contratual, retirando dela a cobrança de pena convencional de 10% para cobranças judiciais, e conferindo aos estudantes a mesma pena convencional contra a CEF;

- d) ilegalidade da capitalização mensal de juros;
- e) exclusão de todos os mutuários dos cadastros de proteção ao crédito;
- f) recálculo de todas as dívidas, conforme parâmetro judicial, para todos os estudantes-mutuários;
- g) direito a repetição do indébito, conforme apurado em cumprimento de sentença, ressalvada a hipótese do artigo 100 da Lei nº 8.078/90;
- h) condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, em favor do fundo de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85;
- i) condenação das rés à publicação do inteiro teor da sentença, em jornais de circulação local e regional, na forma da Lei nº 7.347/85 e do art. 94 da Lei nº 8.078/90, a fim de possibilitar a participação de outros interessados.

Pugnou ainda fosse a CEF proibida de firmar novos contratos e/ou termos de renegociação com as cláusulas consideradas abusivas nesta ação.

Acostadas contrarrazões pela CEF às fls. 513/520, vieram os autos para este Tribunal.

Nesta instância, o órgão do Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 532/540).

É o relatório. DECIDO.

Nos termos do *caput* e § 1º-A do art. 557 do CPC e da Súmula 253/STJ, o relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte Regional ou de Tribunal Superior.

O feito comporta julgamento, na forma do art. 557 do CPC, eis que a matéria já é objeto de jurisprudência consolidada nesta Corte e nos Tribunais Superiores.

A matéria devolvida ao exame desta Corte será examinada com base na fundamentação que passo a analisar topicamente.

O presente feito encontra-se incluído na meta do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

Admissibilidade da apelação/remessa oficial

O recurso é próprio e tempestivo, razão pela qual dele conheço.

Cumpra asseverar submeter-se ao duplo grau de jurisdição obrigatório a sentença que conclui pela improcedência do pedido ou de parte do pedido deduzido em sede de ação civil pública, por força da aplicação analógica da regra contida no art. 19 da Lei nº 4.717/65.

Nesse sentido, destaco os seguintes arestos do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965.

1. ‘Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário’ (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009).

2. Agravo Regimental não provido”.

(AGRESP 201001846488, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJE 25/04/2011).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA. ART. 19 DA LEI Nº 4.717/64. APLICAÇÃO.

1. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário. Doutrina.

2. Recurso especial provido”.

(RESP 200802742289, Relator Ministro CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJE 29/05/2009).

Nesse passo, conheço da matéria também por esse prisma.

Legitimidade do MPF e interesses individuais homogêneos disponíveis de relevância social

O Ministério Público tem a atribuição constitucional da defesa de interesses difusos e coletivos, quando tais envolverem interesses sociais, nos termos dos artigos 127 e 129, III, da CRFB. No caso dos autos, os beneficiários do FIES estão ligados por uma relação jurídica básica - o contrato -, que envolve a garantia de acesso à educação como interesse social (CRFB, art. 205), transparecendo o interesse coletivo a ser protegido e, por conseguinte, a legitimidade do Ministério Público Federal, em regime de substituição processual, especialmente porque não é possível identificar os futuros beneficiários do programa.

Nesse sentido, a doutrina de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, citando KAZUO WATANABE:

Em sentido consonante, observa Kazuo Watanabe:

“Em linha de princípio somente os interesses individuais indisponíveis estão sob proteção do *Parquet*. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular. (...) Como já ressaltado, somente a relevância social do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis”.

Essa, também, a tese assentada na Súmula nº 7 do Conselho Superior do Ministério Público Paulista, nos seguintes termos:

“O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico”.

Paralelamente, registra-se entendimento no sentido de que a nota da indisponibilidade (CF, art. 127, *caput*) pode, ainda, derivar do próprio interesse social em que seja prevenida a atomização dos conflitos coletivos, os quais, tratados fora dos esquemas de jurisdição coletiva, acabam gerando múltiplas demandas individuais, com os efeitos deletérios bem conhecidos: sobrecarga do Judiciário, demora excessiva de feitos, risco de decisões qualitativamente diversas. No ponto, Nery & Nery sustentam que a ação coletiva movida pelo Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos “é deduzida no interesse público em obter-se sentença única, homogênea, com eficácia *erga omnes* da coisa julgada (CDC, art. 103, III), evitando-se decisões conflitantes”. (Mancuso, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar - 12. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 131/132).

Outro não é o entendimento de TEORI ALBINO ZAVASCKI:

“Conforme se fará ver em capítulo próprio, há um limitador implícito na legitimação do Ministério Público, decorrente de normas constitucionais (arts. 127 e 129 da CF) que demarcam a sua finalidade e o âmbito de suas atribuições: a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos somente é legítima quando isso representar também tutela de relevante interesse social. É indispensável, pois, que haja conformação entre o objeto da demanda e os valores jurídicos previstos no art. 127 da CF, que atribui ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais”. (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 186).

Na mesma linha, a jurisprudência do STF, do STJ e desta Corte Regional:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES.

1. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos de relevante caráter social, ainda que o objeto da demanda seja referente a direitos disponíveis (RE 500.879-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 26-05-2011; RE 472.489-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 29-08-2008).

2. Agravo regimental a que se nega provimento”.

(STF, RE 401482-AgR/PR, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, DJE 04/06/2013).

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Ação civil pública. Interesse individual homogêneo. 3. Relevância social. Ministério Público. Legitimidade. 4. Jurisprudência dominante. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”.

(STF, AI 516419-AgR/PR, Relator Min. GILMAR MENDES, DJE 16/11/2010).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE RELEVÂNCIA SOCIAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”.

(STF, RE-AgR 459456, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA).

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ.

1. O Ministério Público possui legitimidade *ad causam* para propor Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando a presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação.

2. Recurso especial provido”.

(STJ, RESP 200700945697, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJE 11/06/2013).

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA PARA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMAS OU DE VERSÃO DESTES COM PADRÃO DE QUALIDADE SUPERIOR E PEDIDO DE CONDENAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE A UNIÃO FISCALIZAR ESTAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO.

1. A jurisprudência desta Corte vem se sedimentando em favor da legitimidade ministerial para promover ação civil pública visando a defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando na presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado (a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação, para citar alguns exemplos) ou diante da massificação do conflito em si considerado. Precedentes.

2. É evidente que a Constituição da República não poderia aludir, no art. 129, II, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só foi criada pela lei consumerista. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou o tema e, adotando a dicção constitucional em sentido mais amplo, posicionou-se a favor da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública para proteção dos mencionados direitos. Precedentes.

3. No presente caso, pelo objeto litigioso deduzido pelo Ministério Público (causa de pedir e pedido), o que se tem é o pedido de tutela de um bem indivisível de todo um grupo de consumidores, de tutela contra exigência dirigida globalmente a todos os alunos: a suposta ilegalidade ou abusividade da prestação pecuniária para expedição de diplomas ou de versão deste com padrão de qualidade superior, bem como o pedido de condenação à obrigação de a União fiscalizar estas instituições de ensino. Assim, atua o Ministério Público em defesa do direito indivisível de um grupo de pessoas determináveis, ligadas por uma relação jurídica base, circunstâncias caracterizadoras do interesse coletivo a que se refere o art. 81, parágrafo único, II, da Lei nº 8.078/90. E o art. 129, inc. III, CR/88 é expresso ao conferir ao *Parquet* a função institucional de promoção da ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos.

4. Já a pretensão ressarcitória, que, *in casu*, trata-se de típico direito individual homogêneo, pretendida pelo recorrido por meio da ação civil pública, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, justificar-se-ia por dizer respeito à educação, interesse social relevante, mas sobretudo para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual), que sobrecarregam o Judiciário, e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas.

5. É patente a legitimidade ministerial, seja em razão da proteção contra eventual lesão ao interesse coletivo dos consumidores, seja em decorrência da necessidade de defesa de direitos individuais homogêneos com relevância social objetiva e capazes de gerar inumeráveis demandas judiciais incongruentes.

6. Recurso especial não provido”.

(STJ, RESP 1185867, Relator Min. MAURO CAMPBELL MARQUES).

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISPENDÊNCIA. IDENTIDADE DE PARTES. SUBSTITUÍDOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI Nº 7.347/85, ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO. DESCABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA VEICULAR PRETENSÕES CONTRA FUNDOS DE NATUREZA INSTITUCIONAL. FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. INEXISTÊNCIA DE BENEFICIÁRIOS PASSÍVEIS DE SEREM INDIVIDUALMENTE DETERMINADOS. INAPLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS. RELEVÂNCIA SOCIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. FIES. UNIÃO. ILEGITIMIDADE. FIES. LEGITIMIDADE DA CEF. [...].

3. Interesses individuais homogêneos estão incluídos no âmbito de atuação do Ministério Público, nos termos do art. 129, III, da Constituição da República e dos arts. 5º, III, e, e 6º, VII, d, da Lei Complementar nº 75/93. A circunstância de que tais interesses eventualmente sejam disponíveis não implica, forçosamente, a ilegitimidade do *Parquet*, desde que caracterizem-se por sua relevância social, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp nº 1283206, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 11.12.12; REsp nº 726975, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 20.11.12). [...]”.

(TRF3, 2013APELREEX 00056884920084036108, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/08/2013).

Diante disso, legítimo o Ministério Público Federal para a propositura desta ação.

Legitimidade passiva: CEF, União e FNDE

A Caixa Econômica Federal sustenta não possuir legitimidade para responder à demanda, considerando que é mera gestora do FIES.

Contudo, tal argumento não autoriza a acolhida da preliminar.

Embora a ré não detenha a competência para definir ou modificar as taxas de juros a serem cobradas nos contratos em questão, o acolhimento dos pedidos veiculados na ação coletiva implicaria modificações significativas na gestão dos contratos do FIES, que por longo tempo foram implementadas e administradas pela CEF, na qualidade de agente operador do Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior.

Atualmente, a gestão do FIES está a cargo do MEC e do FNDE (art. 3º da Lei nº 10.260/2001, com a redação dada pela Lei nº 12.202/2010).

Todavia, a CEF permanece atuando diretamente na contratação com os estudantes e nas renegociações dos contratos antigos, estando caracterizada, portanto, sua legitimidade para integrar o polo passivo do feito.

A União, por sua vez, aduz que é unicamente a CEF, na qualidade de agente operador do programa, que deve responder à demanda, acrescentando que a ela também compete a renegociação dos contratos de financiamento educacional.

Contudo, a preliminar não prospera.

Isso porque o Ministério da Educação e da Cultura - MEC, juntamente com o FNDE, foi definido pela Lei nº 10.260/01 como gestor do FIES, “na qualidade de formulador da política de

oferta de financiamento e de supervisor da execução das operações do Fundo” (art. 3º, I e II, com a redação da Lei nº 12.202/2010).

Assim sendo, não há como afastar a legitimidade da União no caso presente.

Conforme as alterações operadas pela Lei nº 12.202, de 14/01/2010, na Lei nº 10.260/01, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE assumiu a gestão do FIES na qualidade de agente operador e administrador dos ativos e passivos (nova redação do art. 3º, II, da Lei nº 10.260/01), estabelecendo-se o prazo de um ano para que assumisse tal papel, cabendo à CEF, durante tal prazo, dar continuidade a esse encargo, nos termos do art. 20-A:

“Art. 20-A. O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE terá prazo de até 1 (um) ano para assumir o papel de agente operador do fies, cabendo à caixa Econômica Federal, durante este prazo, dar continuidade ao desempenho das atribuições decorrentes do encargo”. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010).

Tal prazo foi, posteriormente, prorrogado até o dia 30 de junho de 2013, em face da nova redação dada ao art. 20-A da Lei nº 10.260/01 pela Lei nº 12.712/2012, que dispõe:

“Art. 20-A. O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE terá prazo até 30 de junho de 2013 para assumir o papel de agente operador dos contratos de financiamento formalizados no âmbito do fies até o dia 14 de janeiro de 2010, cabendo à caixa Econômica Federal, durante esse prazo, dar continuidade ao desempenho das atribuições decorrentes do encargo”. (Redação dada pela Lei nº 12.712, de 2012).

A alteração trazida pela Lei nº 12.202/2010, que incluiu o art. 20-A na Lei nº 10.260/01 determinou a legitimidade da CEF e do FNDE para compor a lide na medida em que aquela é operadora do programa e este é o agente operador e administrador dos ativos e passivos.

Tratando-se, na hipótese dos autos, de contratos formalizados antes e depois de 14 de janeiro de 2010, e com ação ajuizada em 27/03/2006, há responsabilidade da CEF, da União Federal e do FNDE para a demanda.

Do mérito propriamente dito

A parte autora pretende a modificação de cláusulas contratuais constantes nos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante de Superior, postulando ainda sejam as rés proibidas de firmar novos contratos e/ou termos de renegociação com as cláusulas consideradas abusivas nesta ação.

Incidência do CDC

Observe-se, inicialmente, que nos contratos bancários em geral, há relação de consumo entre a instituição financeira e o cliente, sendo possível a aplicação das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297/STJ; STF/ADIN 2591).

Todavia, com relação aos contratos que envolvam o FIES, a jurisprudência atual do STJ está assentada no sentido de que os contratos firmados no âmbito do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior não se subsumem às regras do CDC, dado que se está frente à programa governamental, em benefício do aluno do ensino superior, sem a natureza de serviço bancário, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC.

A propósito:

“ADMINISTRATIVO - PROGRAMA DE CRÉDITO DE EDUCATIVO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - PRETENDIDA REFORMA - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - AFASTAMENTO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - CORREÇÃO MONETÁRIA - PRETENDIDA NÃO-INCIDÊNCIA - RECURSO ESPECIAL - PRETENDIDA REFORMA.

- Do acurado exame da legislação que rege o Programa de Crédito Educativo (Lei 8.436/92), não há como tipificar o proceder da Caixa Econômica Federal como prestação de um serviço bancário e, por conseguinte, não há falar em fornecedora. Nessa linha de raciocínio, o estudante carente, beneficiado com o Programa de Crédito Educativo, não retrata a figura do consumidor, razão pela qual, nesse Programa não incide o Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, confira-se recente pronunciamento da colenda 2ª Turma em r. voto da eminente Ministra Eliana Calmon (cf. REsp 479.863-RS, DJ 4/10/2004). [...].

- Recurso especial improvido”.

(STJ, REsp 536055/RS, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, 2ª Turma, DJ 14/03/2005).

Esse entendimento foi recentemente pacificado em sede de recurso repetitivo (RESP 1155684/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJE 18/05/2010).

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado, a título de exemplo:

“AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. FIES. APLICAÇÃO DAS NORMAS CONTIDAS NO CDC. IMPOSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS AFASTADA. APLICAÇÃO DO SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO ‘TABELA PRICE’. LEGALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Não se aplicam as disposições contidas no Código de Defesa do consumidor nos contratos de abertura de crédito para financiamento estudantil, vez que a relação ali travada não se amolda ao conceito de atividade bancária, dado inexorável contexto social em que foi inserida pelo governo, por não visar lucro, mas, apenas, manter o equilíbrio dos valores destinados ao FIES.

II. Tais contratos estão inseridos num programa de governo, sendo regidos por legislação própria, a qual visa facilitar o acesso ao ensino superior, sendo que a participação da CEF nesses instrumentos não é de fornecedora de serviços ou produtos, mas de mera gestora de Fundo. Logo, tais contratos não possuem essência consumerista, o que, por si só, afasta a aplicação do subsistema normativo pretendido.

III. Nos moldes do entendimento proferido pela Primeira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.155.684/RN (assentada de 12.5.2010), submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), em se tratando de contrato de crédito educativo, não se admite sejam os juros capitalizados, porquanto ausente autorização expressa por norma específica. aplicação da Súmula 121/STF.

IV. É possível a adoção do sistema de amortização denominado ‘Tabela Price’, vez que não há vedação legal à sua utilização. Precedentes. V. Agravo legal parcialmente provido.”

(TRF3, Agravo Legal na Apelação Cível nº 0022494-86.2008.4.03.6100, Relator Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES, 2ª Turma, j. 11/06/13, e-DJF3 20/06/13).

Desta forma, portanto, tendo em vista que o FIES é uma continuação do Crédito Educativo, considero inaplicáveis os princípios e regras dispostos no CDC à hipótese em comento.

No entanto, tal entendimento em nada altera a legitimidade ativa do MPF, conforme argumentos depreendidos em tópico específico desta decisão.

Da capitalização dos juros

A capitalização mensal, assim entendida como a incidência mensal de juros sobre uma base de cálculo com juros já incorporados ao débito, vem expressamente prevista no contrato:

“CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA - DOS ENCARGOS INCIDENTES SOBRE O SALDO DEVEDOR: O saldo devedor será apurado mensalmente, a partir da data da contratação e até a efetiva liquidação da quantia mutuada, mediante aplicação da taxa efetiva de juros de 9% (nove por cento) ao ano, com capitalização mensal, equivalente a 0,72073% ao mês.”

Sobre o tema “anatocismo”, a 1ª Seção do STJ assentou posição no sentido de que os juros capitalizados somente têm aplicação quando houver autorização legislativa específica, como nos casos das cédulas de crédito rural, comercial e industrial.

No caso em exame, ante a ausência de dispositivo legal que autorize a capitalização, aplicam-se o enunciado nº 121 da súmula de jurisprudência dominante do STF (É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada) e o artigo 4º do Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura), segundo o qual: É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

A Primeira Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1155684/RN, em sede de recurso repetitivo, consolidou o entendimento de que os contratos firmados no âmbito do FIES não admitem capitalização dos juros:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES). PRESTAÇÃO DE GARANTIA. EXIGÊNCIA DE FIADOR. LEGALIDADE. ART. 5º, VI, DA LEI 10.260/2001. INAPLICABILIDADE DO CDC. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. VEDAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

Recurso especial da Caixa Econômica Federal:

1. Caso em que se alega, além de dissídio jurisprudencial, violação do artigo 5º, III e IV, da Lei nº 10.260/01, ao argumento de que não há ilegalidade em se exigir fiador para a celebração de contrato de financiamento educacional, uma vez que o referido preceito normativo autoriza tal conduta, a qual possui índole eminentemente discricionária, não podendo o Poder Judiciário nela adentrar.

2. É de se reconhecer a legalidade da exigência de prestação de garantia pessoal para a celebração de contrato de financiamento estudantil vinculado ao fies, dado que a própria lei que instituiu o programa prevê, expressamente, em seu artigo 9º, a fiança como forma principal e específica a garantir esses tipos de contrato, seguida do fiador solidário e da ‘autorização para desconto em folha de pagamento’, de modo que o acórdão atacado, ao entender de modo diferente, negou vigência à referida lei.

3. Ademais, o fato de as Portarias ns. 1.725/2001 e 2.729/2005 do MEC admitirem outras formas de garantias, que não a fiança pessoal, apenas evidencia que tal garantia, de fato, não é a única modalidade permitida nos contratos de financiamento estudantil, sem que com isso se afaste a legalidade de fiança.

4. A reforçar tal argumento, as Turmas de Direito Público do STJ já assentaram entendimento no sentido da legalidade da exigência da comprovação de idoneidade do fiador apresentado pelo estudante para a assinatura do contrato de financiamento vinculado ao fies, prevista no artigo 5º, VI, da Lei 10.260/01, a qual será aferida pelos critérios estabelecidos na Portaria/MEC 1.716/2006. Precedentes: REsp 1.130.187/ES, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20/10/2009; MS 12.818/DF, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 17/12/2007; REsp 772.267/AM, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 29.06.2007; Resp 642.198/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 03.4.2006; REsp 879.990/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 14/5/2007.

5. Assim, consoante bem asseverou o Min. Mauro Campbell no Agrg no Ag nº 1.101.160/PR, DJ 16/9/2009, ‘se é legal a exigência de comprovação de idoneidade do fiador, quanto mais legal será a própria exigência de apresentação de fiador pelo estudante para a concessão do crédito estudantil ofertado pelo fies, de forma que não se pode reconhecer a legalidade de obrigação acessória sem o reconhecimento da legalidade da obrigação principal no caso em questão’.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7. Recurso especial provido, para que seja autorizada à instituição financeira a exigência de garantia pessoal para a celebração do contrato de financiamento estudantil.

Recurso especial de Eliziana de Paiva Lopes:

1. Caso em que se pugna a incidência do Código de Defesa do Consumidor, a declaração de ilegalidade da cobrança de juros capitalizados e, por conseguinte, a repetição simples do valor pago a maior e a inversão dos ônus sucumbenciais.

2. A hodierna jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que os contratos firmados no âmbito do Programa de Financiamento Estudantil - FIES não se subsumem às regras encartadas no Código de Defesa do Consumidor. Precedentes: REsp 1.031.694/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 19/6/2009; REsp 831.837/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 17/6/2009; REsp 793.977/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 30/4/2007.

3. A jurisprudência desta Corte mantém-se firme no sentido de que, em se tratando de crédito educativo, não se admite sejam os juros capitalizados, haja vista a ausência de autorização

expressa por norma específica. Aplicação do disposto na Súmula nº 121/STF. Precedentes: REsp 1.058.334/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/6/2008; REsp 880.360/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 5/5/2008; REsp 1.011.048/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4/6/2008; REsp nº 630.404/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 26/2/2007; REsp nº 638.130/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/3/2005.

4. Por conseguinte, havendo pagamento de valores indevidos, o que será apurado em sede de liquidação, é perfeitamente viável a repetição simples ou a compensação desse montante em contratos de financiamento estudantil.

5. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

6. Ônus sucumbenciais invertidos.

7. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação supra”.

(RESP nº 1155684/RN, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJE 18/05/2010).

No entanto, com o advento da Lei nº 12.431, de 24/06/2011, que alterou a redação do artigo 5º, II, da Lei nº 10.260/2001, previu-se a possibilidade de capitalização mensal de juros nos contratos de financiamento estudantil (FIES), nos seguintes termos:

“Art. 5º. Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte:

I - prazo: não poderá ser superior à duração regular do curso, abrangendo todo o período em que o Fies custear os encargos educacionais a que se refere o art. 4º desta Lei, inclusive o período de suspensão temporária, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

II - juros, capitalizados mensalmente, a serem estipulados pelo CMN;” (Redação dada pela Lei nº 12.431, de 2011).

Portanto, a partir desta alteração passou a existir norma expressa autorizando a capitalização mensal de juros nos financiamentos concedidos com recursos do FIES.

Por conseguinte, deve ser afastada essa forma de cobrança, merecendo provimento o pedido do demandante nesse ponto.

Juros Remuneratórios

O FIES foi instituído pela MP nº 1.827, de 27/05/1999, sendo regulado por sucessivas medidas provisórias até o advento da Lei nº 10.260, de 12/07/2001.

Acerca dos juros remuneratórios incidentes sobre contrato de FIES, a Lei nº 10.260/2001, em seu artigo 5º, II, assim dispunha:

“Art. 5º Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte: (...)

II - juros: a serem estipulados pelo CMN, para cada semestre letivo, aplicando-se desde a data da celebração até o final da participação do estudante no financiamento;”

Vigorava, à época, a Resolução BACEN 2.647/1999, editada no regular exercício da competência normativa atribuída pelo legislador ordinário ao Conselho Monetário Nacional, que fixava a taxa efetiva de juros em 9% ao ano.

Contudo, sobreveio a Lei nº 12.202/2010, alterando, de modo substancial, a disciplina dos juros até então estabelecida pela Lei 10.260/2001:

“Art. 5º. Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte:

II - juros a serem estipulados pelo CMN;

(...)

§10. A redução dos juros, estipulados na forma do inciso II deste artigo, incidirá sobre o saldo devedor dos contratos já formalizados”.

Conferindo regulamentação às novas disposições legais, estatuiu a Resolução BACEN 3.842/2010:

“Art. 1º. Para os contratos do FIES celebrados a partir da data de publicação desta resolução, a taxa efetiva de juros será de 3,40% a.a. (três inteiros e quarenta centésimos por cento ao ano).

Art. 2º. A partir da data de publicação desta resolução, a taxa efetiva de juros de que trata o art.

1º incidirá sobre o saldo devedor dos contratos já formalizados, conforme estabelecido no § 10 do art. 5º da lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação”.

Assim, diversamente do que se verificava até então nas modificações quanto ao percentual de juros remuneratórios praticados nesses contratos, atualmente, a taxa de juros praticada pelas instituições financeiras deve ser limitada ao patamar anual de 3,4%, não só nos contratos firmados na vigência da nova lei, mas também nos contratos anteriores, incidindo, neste último caso, sobre o saldo devedor (artigo 2º).

Portanto, embora formalizados anteriormente à edição da Lei nº 12.202/2010, bem como da Resolução BACEN 3.842/2010, os contratos admitem redução dos juros remuneratórios pactuados, de 9% para 3,5%, a partir de 15/01/2010 e para 3,4% ao ano, a partir de 10/3/2010.

Ou seja, até essa data, 10/3/2010, sobre as prestações vencidas, pagas ou impagas, incidem juros remuneratórios anuais de 9% e, daí em diante, poderão ser exigidos apenas sobre o saldo devedor, no patamar de 3,5% ou 3,4% ao ano, dependendo da data da formalização contratual pelo mutuário-estudante.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. TAXA DE JUROS.

I - Hipótese dos autos em que não se caracteriza situação de sentença *ultra petita*.

II - Nos contratos de FIES celebrados até 30/06/2006 a taxa de juros estabelecida é de 9% ao ano; nos contratos de FIES celebrados no período de 01/07/2006 a 21/09/2009 a taxa de juros é de 3,5% ao ano para os cursos de licenciatura, pedagogia, normal e tecnologia, e de 6,5% ao ano para os demais cursos; nos contratos de FIES celebrados no período de 22/09/2009 a 09/03/2010 a taxa de juros é de 3,5% ao ano; nos contratos de FIES celebrados no período de 10/03/2010 até a data atual a taxa de juros é de 3,4% ao ano. Aplicação das Resoluções BACEN nº 2.647 de 22/09/1999, nº 3.415, de 13/10/2006, nº 3.777 de 26/08/2009 e nº 3.842 de 10/03/2010.

III - A partir de 15/01/2010, data da entrada em vigor da Lei 12.202/2010, a redução das taxas de juros para 3,5% e 3,4% ao ano, estabelecidas pelas Resoluções BACEN nº 3.777 de 26/08/2009 e nº 3.842 de 10/03/2010 passou a ser aplicada ao saldo devedor de todos os contratos em curso, ainda que celebrados anteriormente a esta data, aplicando-se também eventuais reduções de taxas de juros que venham a ser determinadas pelo CMN.

IV - No caso dos autos, como o contrato foi celebrado em 06/12/2004 (fl. 15) e prevê a aplicação da taxa de juros remuneratórios de 9% ao ano (cláusula 15ª), é esta que deverá incidir no saldo devedor até 14/01/2010, inexistindo autorização legal para a substituição da taxa de juros desde a celebração do contrato.

V - Recurso da CEF provido”.

(TRF3, AC nº 2012.61.42.003520-8, Relator Desembargador Federal PEIXOTO JÚNIOR, D.E. de 17/04/2015).

Da incidência da Tabela Price

As prestações do financiamento em questão devem ser calculadas, nos termos do contrato, de acordo com o chamado Sistema Francês de Amortização, comumente chamado de Tabela Price.

Para melhor compreensão de tal sistema, cito a clara lição de ARNALDO RIZZARDO:

“Este sistema é comumente chamado de Tabela Price - TP. Para calcular o valor de uma prestação, basta multiplicar o valor do financiamento pelo índice de uma tabela previamente elaborada, e que corresponde à taxa de juros e ao prazo contratado. As prestações são constantes, em termos reais, para todos os meses do financiamento. Sendo o valor da prestação fixo, a utilização da TP implica em se realizar pequenas amortizações iniciais do saldo devedor, sendo a maior parte da prestação representada pelo pagamento de juros. Cada prestação é composta de uma quota de amortização e outra de juros. No primeiro mês, a quota de amortização é muito pequena em relação à quota de juros e, no último mês, a situação se inverte, isto é, a quota

de juros é quase nula. Por isso, a prestação na TP permanece constante, em termos reais, pois o mesmo valor decresce na quota de juros e cresce na quota de amortização.” (RIZZARDO, Arnaldo; Contratos de Crédito Bancário, 2ª Edição, Revista dos Tribunais, 1994, pág. 131).

Ora, a “Tabela Price” nada mais é do que, como já dito, um sistema de cálculo do valor inicial da prestação.

A prestação inicial é calculada a fim de que as amortizações teoricamente ocorram de acordo com a metodologia do sistema adotado.

Segundo o “Sistema Price”, a prestação inicial é calculada e programada para ser a mesma do início ao fim do parcelamento.

Oferece tal sistema a vantagem, para o devedor, de a prestação inicial do financiamento ser menor.

Malgrado se assegure estar-se diante de um sistema para o cálculo do financiamento que não contempla a utilização de juros compostos, ainda que mantida a prestação constante, o fato é que a cláusula contratual respectiva atesta exatamente o contrário, o que, por certo, não encontra amparo nem na legislação, tampouco na jurisprudência.

Essa questão restou resolvida pelo precedente supracitado (STJ, REsp nº 1.155.684/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Seção, DJE 18/05/2010) e, mutatis mutandis, pela 2ª Seção do STJ, na sistemática introduzida pelo artigo 543-C do CPC, chegando-se à seguinte tese:

“Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas 5 e 7”

(REsp 1070297/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJE 18/09/2009).

Com efeito, uma vez afastada a capitalização, nenhuma mácula exsurge do sistema de amortização contratado, respeitados os limites contratuais, inexistindo ilegalidade no manejo da Tabela Price na forma como operada.

A jurisprudência desta Turma conforta esse entendimento:

“AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. INAPLICABILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. INOCORRÊNCIA. TABELA PRICE. LEGALIDADE. MULTA E PENA CONVENCIONAL. TR E COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Por se tratar de um programa governamental de cunho social que visa beneficiar alunos universitários carentes ou que não possuam, momentaneamente, condições de custear as despesas com a educação superior, os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor não se aplicam a esses contratos.

2 - A aplicação de taxa efetiva de juros de 9% ao ano, ressalvando que essa taxa resulta da capitalização mensal equivalente a 0,72073% ao mês, o que não passa de mera explicitação da forma de incidência da taxa anual, não importa em onerosidade excessiva ou capitalização de juros.

3 - Inexiste ilegalidade na aplicação do sistema de amortização da Tabela Price ao Programa de Financiamento Estudantil - FIES.

4 - Como o Código de Defesa do Consumidor não é aplicado aos contratos de FIES, a pena convencional de 10%, prevista é perfeitamente legal, não existindo qualquer vedação à estipulação de penalidade em tal percentual.

5 - Falece interesse recursal aos apelantes no que se refere ao pedido de exclusão da cobrança de comissão de permanência e da utilização da TR como índice de correção monetária do débito, uma vez que o contrato em tela não contém previsão neste sentido, nem são tais valores objeto da cobrança.

6 - Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma.

7 - Agravo legal desprovido”.

(AC 00000743920084036116, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, 1ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 30/03/2012).

Desta forma, mantida a Tabela Price, forçoso reconhecer o direito à revisão do débito com afastamento completo de qualquer capitalização, nos moldes do entendimento consolidado pelo STJ.

Assim, no que pertine à incidência da Tabela Price, não socorre razão ao demandante.

Dos encargos moratórios e do ressarcimento dos custos de cobrança

A cláusula em questão não está eivada de abusividade, de maneira que inarredável.

A hipótese não é de cumulação indevida de encargos contratualmente estipulados, porquanto detentores de finalidades diversas, visto que esta possui natureza de cláusula penal, destinada a pré-fixar as perdas e danos decorrentes da resolução da obrigação, enquanto aquela, com incidência mensal, constitui-se em meio coercitivo de cobrança na tentativa legítima de evitar o prolongamento do inadimplemento.

Conforme previsão contratual, no caso de impontualidade o débito será apurado na forma do contrato, sujeito à multa de 2%, juros contratuais “pro-rata die”, e pena convencional de 10% (dez por cento).

A pena convencional é lícita, nos termos do artigo 412 do CC/2002 (artigo 920 do CC/1916) uma vez que, como assinalado, o CDC não é aplicável aos contratos do FIES.

O percentual de 10% fixado em contrato para a pena convencional é moderado e não comporta redução nos termos do artigo 413 da Lei nº 10.406/2002.

No que se refere à pena convencional de 10%, para o caso de a CEF “lançar mão de qualquer procedimento judicial ou extrajudicial para a cobrança de seu crédito”, entendo que não tem natureza de multa moratória, mas, sim, natureza de honorários advocatícios cabíveis em caso de cobrança judicial ou extrajudicial.

Plenamente possível, portanto, a cumulação da multa contratual com os honorários advocatícios, questão esta inclusive já superada na jurisprudência.

Com efeito, encontra-se sumulado pelo STF o entendimento de que “é permitida a cumulação da multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do código de processo civil vigente”.

No mesmo sentido a orientação adotada pelo extinto TFR, em sua súmula nº 119, segundo a qual “a partir da vigência do Código de Processo Civil de 1973, é cabível a cumulação da multa contratual com honorários advocatícios, na execução hipotecária regida pela Lei nº 5.741, de 1971”.

A convenção da multa moratória, assim, não afasta a exigibilidade de honorários advocatícios na execução.

Nada impede, portanto, que sejam os honorários advocatícios convencionados pelas partes no instrumento contratual.

A estipulação e a cobrança dessas “despesas processuais” de 10%, tal como prevista no contrato, substitui, porém, os honorários advocatícios que seriam fixados pelo juízo competente quando do ajuizamento pela CEF da ação pertinente.

No sentido da licitude da cláusula penal em contratos do FIES, inclusive de forma cumulada com a multa moratória, situa-se o entendimento desta Corte Regional:

“AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. CPC, ART. 557. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

[...].

2 - Por se tratar de um programa governamental de cunho social que visa beneficiar alunos universitários carentes ou que não possuam, momentaneamente, condições de custear as despesas com a educação superior, os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor não se aplicam aos contatos firmados no âmbito do Financiamento Estudantil. Precedentes.

[...].

5 - Como o Código de Defesa do Consumidor não é aplicado aos contratos de FIES, a pena convencional de 10%, prevista é perfeitamente legal, não existindo qualquer vedação à estipulação de penalidade em tal percentual. [...]”.

(AC 0013151-32.2009.4.03.6100, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/06/2012).

“AGRAVOS LEGAIS. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. [...] MULTA MORATÓRIA E PENA CONVENCIONAL. AGRAVOS DESPROVIDOS.

[...].

2 - O contrato de crédito educativo é uma modalidade sui generis de financiamento que compreende período de utilização do crédito, carência e amortização e, por se tratar de um programa governamental de cunho social que visa beneficiar alunos universitários carentes ou que não possuam, momentaneamente, condições de custear as despesas com a educação superior, os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor não se aplicam a esses contratos.

[...].

8 - No que se refere à cobrança de multa moratória (cláusula nona, §2º) e pena convencional (9ª, § 3º), inexistente óbice à sua cumulação, eis que possuem finalidades distintas, vale dizer, a primeira decorre da impontualidade, do simples atraso no pagamento, e a outra tem o fim de reparar os lucros cessantes.

9 - Agravos legais desprovidos”.

(AC 0027262-26.2006.4.03.6100, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/11/2012).

Sem razão o demandante no tópico.

Exclusão de todos os mutuários dos cadastros de proteção ao crédito

Não é possível a exclusão imediata de todos os mutuários dos cadastros de proteção ao crédito, visto que não se pode a priori presumir que todas as inscrições sejam indevidas.

Nesse sentido é a orientação do STJ, em julgamento de recurso representativo de controvérsia, proferido nos termos do art. 543-C do CPC:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO. Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI nº 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado. Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

PRELIMINAR O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP nº 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula

596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora; b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.

ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção.

ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO (REsp 1.061.530/RS) A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF.

Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido.

Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese.

Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor.

Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida.

Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido.

Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea 'a' do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício.

Ônus sucumbenciais redistribuídos”.

(REsp 1061530/RS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, 2ª Seção, j. 22/10/2008, DJE 10/03/2009).

Dano moral coletivo

A indenização pelo dano moral visa à reparação pecuniária de um dano de ordem não patrimonial.

Não se trata de estabelecer um preço pela dor, angústia ou sofrimento decorrente de uma lesão a um bem juridicamente tutelado, como a vida, saúde, integridade física, mas sim propiciar ao lesado um abrandamento para ajudá-lo a superar o desgosto experimentado, sendo que o direito não se presta à reparação de qualquer bem, qualquer forma de padecimento, mas sim dos que decorrerem de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse no reconhecidamente jurídico, ou seja, deve haver a prova objetiva deste dano, demonstrando claramente sua existência, a fim de que se possa concluir o abalo sofrido pela vítima e ressarcir-lo.

Se no dano moral individualizado pode-se admitir alguma presunção, no dano moral coletivo, a prova encontra dificuldades de outra ordem, qual seja, de se saber até que ponto toda a coletividade foi atingida na sua honra, na sua dignidade, ou se apenas uma parcela daquela teve algum sofrimento.

Em face da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, não cabe a indenização por dano moral coletivo.

Nesse sentido, colaciono precedente do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. APLICAÇÃO DA PENALIDADE CONSTANTE DO ART. 87 DA LEI 8.666/93. DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA ‘A QUO’.

1. A simples indicação dos dispositivos tidos por violados (art. 1º, IV, da Lei 7347/85 e arts. 186 e 927 do Código Civil de 1916), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmula 282 e 356 do STF.

2. *Ad argumentandum tantum*, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano.

3. Sob esse enfoque decidiu a 1ª Turma desta Corte, no julgamento de hipótese análoga, *verbis*: ‘PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.’

(REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006)

4. Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido: ‘[...]’. Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumir-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiese efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral’.

5. Recurso especial não conhecido”.

(REsp 821.891/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, j. 08/04/2008, DJE 12/05/2008).

Litispendência entre a ACP e a ação individual

Não há, outrossim, que se falar na litispendência entre a ação coletiva e as ações individuais ajuizadas por alguns dos substituídos.

O artigo 104 do CDC, que integra o sistema normativo das ações coletivas no ordenamento pátrio, estabelece que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais: “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

Ilustra esse posicionamento a jurisprudência desta Corte e do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO INDIVIDUAL. PENDÊNCIA DE AÇÃO COLETIVA COM O MESMO OBJETO. PEDIDO DE DESISTÊNCIA. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DO RÉU (ART. 267, § 4º, DO CPC). DIREITO DOS AUTORES INDIVIDUAIS À SUSPENSÃO DO FEITO. ART. 104 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA REFORMADA.

1. De acordo com o artigo 267, § 4º, do CPC, é defeso ao autor desistir da ação após o oferecimento da contestação, sem o consentimento do réu. Ademais, existe norma específica que somente autoriza os representantes da União, das autarquias, fundações e empresas públicas federais a concordarem com o pedido de desistência da ação, se o autor renunciar expressamente ao direito sobre que se funda a ação (art. 3º da Lei nº 9.469/97).

2. A Primeira Seção do STJ, sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1.267.995/PB, Relator para Acórdão Min. Mauro Campbell), firmou o entendimento de que, nos termos do artigo 267, § 4º, do CPC, a desistência da ação, após o decurso do prazo para a resposta, somente poderá ser homologada com o consentimento do réu, condicionada à renúncia expressa do autor ao direito sobre o qual se funda a ação, nos termos do art. 3º da Lei 9.469/1997. Portanto, segundo a corte superior, a oposição à desistência da ação, fundada no artigo 3º da Lei 9.469/97, é motivo suficiente para obstar a homologação do pedido.

3. De acordo com o artigo 104 do CDC: As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. A previsão expressa de que as ações coletivas não induzem litispendência revela que é possível coexistirem com ações individuais com o mesmo objeto. Assim, em tese, remanesceria o interesse do ente estatal no julgamento da ação individual. Destarte, à vista dessa constatação e da citada jurisprudência do STJ, impõe-se a reforma da sentença e devolução dos autos para a primeira instância para o regular prosseguimento do feito.

4. Apelação provida”.

(TRF3, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/05/2013). “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DEMANDA INDIVIDUAL. INOCORRÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA.

1. A existência de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público não impede o ajuizamento da ação individual com idêntico objeto. Desta forma, no caso não há ocorrência do fenômeno processual da litispendência, visto que a referida ação coletiva não induz litispendência quanto às ações individuais. Precedentes: REsp 1056439/RS, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, DJ de 1º de setembro de 2008; REsp 141.053/SC, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ de 13 de maio de 2002; e REsp 192.322/SP, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ de 29 de março de 1999.

2. Agravo regimental não provido”.

(STJ, AGA 201100563907, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJE 13/12/2011).

Limites da competência territorial

A abrangência da decisão ora proferida, deve-se limitar aos limites da competência territorial do órgão prolator - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97.

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. CÔMPUTO DO TEMPO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE COMO PERÍODO DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE INTERCALADO COM PERÍODO DE EFETIVO TRABALHO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. EFEITOS *ERGA OMNES* LIMITADOS À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR.

[...].

5. Possibilidade de execução da obrigação de fazer, de cunho mandamental, antes do trânsito em julgado e independentemente de caução, a ser processada nos moldes do art. 461 do Código de Processo Civil.

6. Prevalece nesta Corte o entendimento de que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97.

7. O valor da multa cominatória fixada pelas instâncias ordinárias somente pode ser revisado em sede de recurso especial se irrisório ou exorbitante, hipóteses não contempladas no caso em análise.

8. Recurso especial parcialmente provido”.

(REsp 1414439, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJE 03/11/2014).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. EFEITOS DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. ART. 2º-A DA LEI Nº 9.494/97. LIMITAÇÃO DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO AOS DOMICILIADOS NAS LOCALIDADES ABRANGIDAS PELA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ABRANGÊNCIA ESTADUAL.

1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a sentença proferida em ação coletiva abrangerá apenas os substituídos, nos limites da competência territorial do órgão julgador, nos termos do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, norma de regência acerca da matéria.

(...);

4. Nesse contexto, proposta a ação coletiva pela Associação dos Produtores de Soja do Estado do Rio Grande do Sul, todos os associados domiciliados no Estado do Rio Grande do Sul estão abrangidos pelos efeitos da sentença prolatada pela Subseção Judiciária de Santo Ângelo/RS. Agravo regimental improvido”.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.419.350/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJE 05/05/2014).

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. GDASST. EXTENSÃO AOS INATIVOS. AÇÃO COLETIVA. EFEITOS DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR DA SENTENÇA. APLICAÇÃO DO ART. 20.-A DA LEI 9.494/97. PRECEDENTES: AGRG NO RESP. 1.184.216/DF, REL. MIN. JORGE MUSSI, DJE 27.6.2011 E AGRG NO RESP. 973.961/DF, REL. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 1.6.2011. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É firme o entendimento no Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do disposto no art. 20.-A da Lei 9.494/97 nas ações coletivas.

2. Nesse diapasão, os efeitos da sentença proferida em ação coletiva se restringem aos substituídos que tenham na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

3. Agravo Regimental da ANASPS desprovido”.

(AgRg no AREsp 137.386/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 01/07/2013).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. EFEITOS DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO JUÍZO PROLATOR DA DECISÃO.

1. ‘A sentença proferida em ação coletiva somente surte efeito nos limites da competência territorial do órgão que a proferiu, e exclusivamente em relação aos substituídos processuais que ali eram domiciliados à época da propositura da demanda’. (AgRg no REsp 1279061/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 26/04/2012).

2. Agravo regimental não provido”.

(AgRg no REsp 1.338.029/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 21/11/2012).

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO QUANTO À ABRANGÊNCIA TERRITORIAL EXISTENTE. DEMAIS OMISSÕES NÃO EXISTENTES. PREQUESTIONAMENTO.

1. A eficácia da decisão, em se tratando de ação civil pública, fica adstrito à competência do órgão julgador.

2. Os embargos de declaração objetivam complementar as decisões judiciais, não se prestando à impugnação das razões de decidir do julgado.

3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

4. Embargos parcialmente acolhidos”.

(TRF3, AC 96.03.071313-9, Rel. Des. Fed. ROBERTO HADDAD, D.E. 21/10/2009).

“AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM EXAME DO MÉRITO. CARÊNCIA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO HÁBIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Extinção do feito sem exame do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, em face da carência de ação, na modalidade interesse processual, diante da ausência de título executivo hábil para ser executado no território em que se pretendeu o cumprimento da sentença.

2. O teor do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, na redação da Lei nº 9.494/1997, a sentença civil só faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.

3. A própria decisão que se pretende executar provisoriamente já havia fixado que, em se tratando de ação civil pública, sua eficácia fica adstrita à competência do órgão julgador, no caso específico, à 1ª Subseção Judiciária de São Paulo.

4. No presente caso falece aos exequentes, domiciliados em São Carlos, Município não abrangido pela 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, o direito de requerer a execução provisória e individual da sentença civil, por força dos limites impostos na sentença condenatória, embora também provisória, diante da ausência de trânsito em julgado. Precedentes.

5. Não se aplica ao caso em questão o entendimento fixado nos Recursos Especiais nºs 1.243.887/PR e 124.150/PR, representativos da controvérsia, ao passo que naqueles autos não houve a limitação subjetiva quanto aos associados, tampouco quanto ao território do órgão julgador.

6. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

7. Agravo legal improvido”.

(TRF3, 6ª Turma, AC 00225423520144036100, Relatora Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/10/2015).

Recálculo das dívidas

Diante do acolhimento parcial do pedido, deve a parte ré proceder ao recálculo das dívidas decorrentes dos contratos de financiamento estudantis, no prazo de 120 dias.

Publicação da decisão

Diante da relevância social do tema atinente à revisão das dívidas estudantis, merece provimento o pedido inicial de publicação desta decisão em jornais de circulação regional dos Estados integrantes do TRF da 3ª Região.

Honorários da sucumbência

Em sendo recíproca a sucumbência, os honorários advocatícios devem ser suportados pelas partes em idêntica proporção e integralmente compensados, nos moldes do art. 21, *caput*, do CPC e da Súmula 306/STJ, tendo em vista o julgamento de parcial procedência da demanda.

Custas processuais

Relativamente às despesas processuais, verifica-se que o MP é isento do seu pagamento na Justiça Federal, a teor do disposto no art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96.

Dispositivo

Ante o exposto, com apoio no artigo 557, § 1º-A, do CPC e da Súmula 253/STJ c/c o art. 33 do RI/TRF-3ª Região, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial, para julgar parcialmente procedente a pretensão inicial, na forma acima explicitada, a teor do disposto no art. 269, I, do mesmo Código.

Publique-se. Intimem-se. Decorrido o prazo recursal, o que a Secretaria da Turma certificará, dê-se baixa na distribuição e remetam-se os autos à vara de origem com as cautelas de estilo. São Paulo, 01 de fevereiro de 2016.

HÉLIO NOGUEIRA

Desembargador Federal

O pedido com a instauração da demanda emana de interpretação lógico-sistemática da petição inicial, não podendo ser restringido somente ao capítulo especial que contenha a denominação “Dos pedidos”.

Devem ser levados em consideração, portanto, todos os requerimentos feitos ao longo da petição inicial, ainda que implícitos.

Assim, se o julgador se ateuve aos limites da causa, delineados pelo autor no corpo da inicial, não há falar em decisão *ultra petita*, como sustentado pela CEF.

O fato superveniente deve ser levado em consideração pelo juiz no julgamento da causa, ainda que de ofício, nos exatos termos do artigo 462 do CPC/73 (atual 493), pois o provimento judicial deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega jurisdicional (EDcl no MS nº 10.171/DF, Relatora Ministra LAURITA VAZ, 3ª Seção, j. 08/09/2010, DJE 07/10/2010).

O FIES é um programa do Ministério da Educação criado pela Lei nº 10.260/2001 para substituir o Programa de Crédito Educativo - PCE/CREDOC, destinado a financiar prioritariamente estudantes de cursos de graduação.

Para candidatar-se ao FIES os estudantes devem estar regularmente matriculados em instituições de ensino não gratuitas cadastradas no programa, em cursos com avaliação positiva no SINAES.

O FIES é operacionalizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE.

Todas as operações de adesão das instituições de ensino, bem como de inscrição dos estudantes são realizadas pela internet, o que traz comodidade e facilidade para os participantes, além de garantir a confiabilidade de todo o processo.

Esse programa envolve diversas relações jurídicas entre vários sujeitos, tais como:

- a) *União - financiadora do crédito;*
- b) *estudante - financiado;*
- c) *instituição de ensino não gratuita;*
- d) *FNDE - agente operador e administradora de ativos e passivos, e*
- e) *instituições financeiras - agente financeiro.*

Até 2010 o FIES era gerido pelo MEC e pela CEF. Com a edição da Lei nº 12.202/2010, transferiu-se a atribuição de agente operador e administrador de ativos e passivos para o FNDE, criando-se a figura do agente financeiro, responsável pelas tratativas diretas com o estudante que preencha os requisitos para a obtenção do financiamento.

Diante disso, tem-se que o estudante (devedor) firma contrato com o agente financeiro (credor), o qual, em virtude de sua posição, é o titular do direito de cobrar e executar os contratos inadimplentes; o agente financeiro responsabiliza-se em repassar os retornos financeiros ao agente operador (FNDE); e o agente operador (FNDE) fiscaliza e gerencia as atividades desenvolvidas pelo agente financeiro, bem como efetua os repasses financeiros às mantenedoras das instituições de ensino superior.

Dessa forma, a competência para cobrança dos créditos decorrentes do FIES, de acordo com a legislação em vigor, é do agente financeiro, isto é, da Caixa Econômica Federal, uma vez que esta instituição é autorizada pelo agente operador, de acordo com o disposto no § 3º, do art. 3º da Lei nº 10.260/2001.

Essa afirmação não foi modificada pela Lei nº 12.202/2010, como se denota da redação do art. 6º da Lei nº 10.260/2001:

Art. 6º Em caso de inadimplemento das prestações devidas pelo estudante financiado, a instituição referida no § 3º do art. 3º (instituição financeira, ou seja, agente financeiro) promoverá a execução das parcelas vencidas, conforme estabelecida pela Instituição de que trata o inciso II do *caput* do art. 3º, repassando ao Fies e à instituição de ensino a parte concernente ao seu risco. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010).

O fato de o FNDE (agente operador e gestor do FIES) traçar o regramento geral para a execução das parcelas vencidas não o torna, segundo os ditames legais, o competente para promover a execução, que permanece nas mãos do agente financeiro.

No julgamento do REsp 1.155.684/RN, submetido ao rito dos recursos repetitivos (CPC/73, art. 543-C), o STJ firmou entendimento de que não se admite capitalização de juros convencionados nos contratos de crédito educativo, à míngua de autorização por lei específica, bem como que os ditos contratos não se submetem às regras estatuídas no Código de Defesa do Consumidor.

Após o supracitado julgamento, foi editada em 30/12/2010 a Medida Provisória nº 517, convertida na Lei nº 12.431/2011, que alterou a redação do art. 5º, II, da Lei nº 10.260/2001, norma específica, autorizando cobrança de juros capitalizados mensalmente nos contratos de financiamento estudantil.

Devem incidir juros remuneratórios anuais de 9% sobre as prestações pagas ou impagas dos contratos de FIES, até a publicação da Resolução BACEN nº 3.842/2010, em 10 de março de 2010. A partir de então, incidem apenas juros de 3,4% ao ano sobre o saldo devedor. Deste modo, admite-se a capitalização de juros, devidamente pactuada, nos contratos celebrados a partir dessa data.

A Tabela PRICE se constitui em um sistema de amortização, uma fórmula matemática que tem por finalidade tão-somente estabelecer o valor mensal da prestação, não sendo parâmetro para cálculo do saldo devedor ou de imputação de encargos. Logo, não implica necessariamente capitalização de juros, não se verificando qualquer ilegalidade no seu emprego.

É possível a cumulação da multa contratual com a multa moratória porque não se confundem.

Não há interesse nem tampouco necessidade de declaração da nulidade da cláusula contratual de pena convencional referente ao percentual de 10% (dez por cento) de honorários advocatícios, uma vez que é inócua.

Cabe ao Juiz a fixação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil/73 (artigo 85 do CPC/2015), não estando o magistrado vinculado à eventual cláusula contratual. Esse é o entendimento jurisprudencial, conforme anota Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Ed.Saraiva, 38a ed., nota 27 ao citado artigo 20 do CPC/73:

O arbitramento da honorária, em razão do sucumbimento processual, está sujeito a critérios de valoração, perfeitamente delineados na lei processual (art.20, 3º, do CPC); e sua fixação é ato do juiz e não pode ser objeto de convenção das partes (RT 509/169). No mesmo sentido, quanto à impossibilidade de fixação do valor dos honorários advocatícios pelas partes: RT 828/254.

Dessa forma, cabe ao Juiz da causa, no caso de cobrança de valores financiados, a fixação dos honorários advocatícios, consideradas as circunstâncias do caso concreto, independentemente da existência de cláusula contratual. O mesmo se diga quanto à fixação da responsabilidade pelas despesas processuais.

Não é possível a exclusão imediata de todos os mutuários dos cadastros de proteção ao crédito, visto que não se pode a priori presumir que todas as inscrições sejam indevidas.

Ocorrência de julgamento *citra petita*, pois não houve pronunciamento judicial acerca da proibição da CEF de firmar novos contratos ou termos de renegociação com cláusulas consideradas abusivas nesta ação, bem assim da legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução exsurgirá - se for o caso - após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado se não houver a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC e a reversão dos valores apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua.

Em face do disposto no art. 5º, XXXVI, da CRFB, é indubitável que o contrato válido entre as partes constitui ato jurídico perfeito, protegido pelo texto constitucional, dele irradiando, para uma ou para ambas as partes, direitos adquiridos, não podendo ser alcançado por lei superveniente à data da celebração do contrato, mesmo quanto aos efeitos futuros decorrentes do ajuste negocial.

O ordenamento jurídico brasileiro atribui ao regulamento, unicamente o papel de regulamentar a lei, esclarecendo o seu comando normativo, porém, sempre, observando-a, estritamente, não podendo inovar, ampliar ou restringir direitos, sob pena de ilegalidade.

O contrato firmado entre o estudante e a CEF constitui, em sua essência, típico contrato de adesão, ou seja, aquela modalidade contratual em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes de modo que a outra não tem poderes para debater as condições, ou mesmo introduzir modificações no esquema proposto.

Por outro lado, assim dispõe o art. 100 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), aplicável à espécie por força do art. 21 da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública):

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Vê-se, portanto, que a legitimidade ativa do Ministério Público (CDC, art. 82, I) para promover a liquidação e a execução da sentença coletiva, em se tratando de direitos individuais homogêneos, é subsidiária, não podendo aquele ente legitimado substituir os lesados.

Outrossim, na hipótese de liquidação de sentença proferida em ação civil pública proposta em defesa de direitos individuais homogêneos promovida pelo Ministério Público ante a ausência de habilitação dos interessados, nos termos do art. 100 da Lei nº 8.078/1990, não há que se falar em liquidação ou execução coletiva em proveito de cada um dos lesados, mas sim de liquidação para apurar a indenização que será destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que tratam os artigos 13 e 20 da Lei nº 7.347/1985, a ser revertido em benefício de toda a sociedade.

A reparação fluida (fluid recovery) é utilizada em situações nas quais os lesados não tenham se habilitado ou não são identificáveis ou em que o prejuízo é individualmente irrelevante e globalmente relevante.

No caso dos autos, embora a petição ministerial faça desde logo referência à liquidação provisória por artigos, não se trata de liquidação coletiva movida pelo Ministério Público Federal em prol dos lesados.

Na verdade, facilmente se percebe, dos termos da peça processual referida, que se trata de mero procedimento preparatório e de chamamento dos lesados para que se habilitem, individualmente, para promover a liquidação e posterior execução do julgado, se for o caso.

Superada a questão atinente à natureza do prazo do artigo 100 do CDC, é importante destacar que o referido dispositivo normativo restou vago ao não estabelecer o termo inicial da contagem do aludido prazo.

Assim, a fim de evitar a insegurança que surge da indeterminação do termo *a quo* da reparação fluida, a doutrina defende que o prazo deverá ser contado a partir do “trânsito em julgado” da sentença condenatória genérica que reconheceu a lesão ao direito individual homogêneo.

Isto porque a comparação entre a gravidade do dano e o número de habilitações já é tarefa de alta complexidade, e, mais ainda seria se ela fosse realizada levando-se em conta as liquidações provisórias da sentença do artigo 95 do CDC.

Ou seja, o “trânsito em julgado” da sentença condenatória genérica foi convencionado como termo inicial da contagem do prazo ânua a fim de evitar maiores dificuldades e inseguranças neste árduo processo de verificação da compatibilidade do número de habilitações com a gravidade do dano.

Para que seja deflagrada a contagem do prazo ânua, entretanto, não basta que a sentença condenatória genérica transite em julgado: é necessária, ainda, a publicação de edital divul-

gando a ocorrência do trânsito em julgado, aplicando-se, por analogia, a regra do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa feita, a publicação do edital constitui, por conseguinte, o *dies a quo* do prazo, que, por ser anual é contado do dia do início ao dia e mês correspondente do ano seguinte, conforme art. 1º da Lei nº 810/49 c/c o art. 240, parágrafo único, do CPC/73.

Nesse sentido decidiu o STJ em recente precedente, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL - DIREITO DO CONSUMIDOR - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO COLETIVA - INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA GENÉRICA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 100 DO CDC (FLUID RECOVERY) - PEDIDO INDEFERIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, SOB O ARGUMENTO DE QUE O TRANSCURSO DO PRAZO DE UM ANO DEVE TER COMO TERMO INICIAL A PUBLICAÇÃO DE EDITAIS EM JORNAIS DE AMPLA CIRCULAÇÃO, OBRIGAÇÃO A QUE FORAM CONDENADOS OS RÉUS - IMPOSSIBILIDADE DE SE CONDICIONAR O INÍCIO DO REFERIDO PRAZO AO CUMPRIMENTO DA CITADA OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSURGÊNCIA RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Hipótese: liquidação de sentença genérica, proferida nos autos de ação coletiva, requerida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Pretensão indeferida pelas instâncias ordinárias, sob o argumento de que seria necessária, previamente, a publicação de editais em jornais de ampla circulação - obrigação determinada aos réus da demanda coletiva, na sentença condenatória.

1. Sendo o Ministério Público o autor da ação coletiva, a sua atuação como custos legis não é obrigatória, pois, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno enquanto instituição, razão pela qual, uma vez figurando como parte do processo, é dispensada a sua presença como fiscal da lei.

2. Nos termos do artigo 100, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, “decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida”, hipótese denominada reparação fluida - *fluid recovery*, inspirada no modelo norte-americano da *class action*.

2.1. Referido instituto, caracterizado pela subsidiariedade, aplica-se apenas em situação na qual os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença coletiva, transferindo à coletividade o produto da reparação civil individual não reclamada, de modo a preservar a vontade da Lei, qual seja a de impedir o enriquecimento sem causa do fornecedor que atentou contra as normas jurídicas de caráter público, lesando os consumidores.

2.2. Assim, se após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado, não houve habilitação de interessados em número compatível com a extensão do dano, exsurge a legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução, nos termos do mencionado artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor; nesse contexto, conquanto a sentença tenha determinado que os réus publicassem a parte dispositiva em dois jornais de ampla circulação local, esta obrigação, frise-se, destinada aos réus, não pode condicionar a possibilidade de reparação fluida, ante a ausência de disposição legal para tanto e, ainda, a sua eventual prejudicialidade à efetividade da ação coletiva, tendo em vista as dificuldades práticas para compelir os réus ao cumprimento.

2.3. Todavia, no caso em tela, observa-se que não obstante as alegações do Ministério Público Estadual, deduzidas no recurso especial, no sentido de que “no presente caso houve a regular publicação da sentença, conforme documento da fl. 892 [dos autos de agravo de instrumento, correspondente à fl. 982, e-STJ]”, ao compulsar os autos, verifica-se que a mencionada folha

refere-se à publicação do edital, em 20/02/2003, relativo à cientificação dos interessados sobre a propositura da ação coletiva. Assim, o citado edital não se destinou à cientificação dos interessados quanto ao conteúdo da sentença, mas à propositura da ação coletiva, o que constitui óbice à sua habilitação, razão pela qual não se pode reputar iniciado o prazo do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: REsp 869583/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 05/09/2012.

3. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de (i) afastar a necessidade de cumprimento da obrigação de publicar editais em dois jornais de ampla circulação local para fins de contagem do prazo previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, bem assim (ii) determinar o retorno dos autos à origem, para que se proceda à publicação de edital, sobre o teor da sentença exequenda, em órgão oficial, nos termos do artigo 94 do diploma consumerista.

(REsp 1156021/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, 4ª Turma, julgado em 06/02/2014, DJE 05/05/2014).

Ante o exposto, voto por *DAR PARCIAL PROVIMENTO* a ambos os recursos, nos termos da fundamentação supra.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0034160-27.2008.4.03.9999
(2008.03.99.034160-1)

Apelante: SÉRGIO APARECIDO GALDEANO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SERTÃOZINHO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: AC 1329937
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CARÊNCIA DE AÇÃO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. REGRAS DE TRANSIÇÃO ESTABELECIDAS NO RE Nº 631.240. NOVO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO EFETUADO, POSTERIOR À PROPOSITURA DA AÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura o pleno acesso ao Poder Judiciário para a proteção dos cidadãos em caso de lesão ou ameaça a direito, desde que haja lide a justificar a atuação do Poder Judiciário como forma democrática de composição de conflitos, o que também se revela como interesse de agir (necessidade da intervenção judicial). Dessa forma, firmou-se entendimento no sentido da exigência do prévio requerimento na via administrativa como requisito para o ajuizamento de ação relativa à matéria previdenciária, para que fique caracterizado o interesse de agir, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise.
2. A questão relativa à necessidade de requerimento administrativo para os processos judiciais envolvendo a concessão ou o restabelecimento de benefício previdenciário restou definida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 631.240, com repercussão geral reconhecida, estabelecendo, ainda, as regras de transição para as ações distribuídas até 03/09/2014:
3. No caso dos autos, observada a sistemática adotada em Superior Instância pela referida modulação, verifico que se torna desnecessário o retorno dos autos ao Juízo de conhecimento para elaboração de novo requerimento administrativo, pois conforme se denota de fls. 98/102 e 122/127, a parte autora já realizou tal requerimento administrativo aos 16/09/2008, passando a perceber um dos benefícios aqui pleiteados, não havendo notícias de que houve qualquer resistência injustificada do INSS ou mesmo qualquer requerimento administrativo da parte autora acerca de seu pedido subsidiário de aposentadoria especial. Dessa forma, imperioso constatar que nunca houve pretensão resistida a justificar a interposição desta demanda, motivo pelo qual a manutenção da r. sentença é medida que se impõe.
4. Apelação da parte autora 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, negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2017.

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 de aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de serviço.

A r. sentença julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. Condenou o requerente nas custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00, ressalvada a gratuidade processual.

Inconformada, a parte autora interpôs apelação requerendo, em apertada síntese, a anulação da r. sentença e o retorno dos autos à Origem, para regular prosseguimento, oportunizando à parte autora a apresentação de novo requerimento em sede administrativa.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o sucinto relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura o pleno acesso ao Poder Judiciário para a proteção dos cidadãos em caso de lesão ou ameaça a direito, desde que haja lide a justificar a atuação do Poder Judiciário como forma democrática de composição de conflitos, o que também se revela como interesse de agir (necessidade da intervenção judicial).

Dessa forma, firmou-se entendimento no sentido da exigência do prévio requerimento na via administrativa como requisito para o ajuizamento de ação relativa à matéria previdenciária, para que fique caracterizado o interesse de agir, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise.

A questão relativa à necessidade de requerimento administrativo para os processos judiciais envolvendo a concessão ou o restabelecimento de benefício previdenciário restou definida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 631.240, com repercussão geral reconhecida, estabelecendo, ainda, as regras de transição para as ações distribuídas até 03/09/2014:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas.
3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.
5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.
9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (STF, Tribunal Pleno, RE 631240/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 03.09.14, DJe em 10.11.2014).

Aderindo à tese e pacificando o entendimento jurisprudencial, o C. Superior Tribunal de Justiça também proferiu julgamento no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.369.834, cuja ementa segue abaixo:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR AO QUE DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 631.240/MG, JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 631.240/MG, sob rito do artigo 543-B do CPC, decidiu que a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo, evidenciando situações de ressalva e fórmula de transição a ser aplicada nas ações já ajuizadas até a conclusão do aludido julgamento (03/9/2014).

2. Recurso especial do INSS parcialmente provido a fim de que o Juízo de origem aplique as regras de modulação estipuladas no RE 631.240/MG. Julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do CPC.

(REsp nº 1.369.834, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 24/9/14, v.u., DJe 1º/12/14)

No caso dos autos, observada a sistemática adotada em Superior Instância pela referida modulação, verifico que se torna desnecessário o retorno dos autos ao Juízo de conhecimento para elaboração de novo requerimento administrativo, pois conforme se denota de fls. 98/102 e 122/127, a parte autora já realizou tal requerimento administrativo aos 16/09/2008, passando a perceber um dos benefícios aqui pleiteados, não havendo notícias de que houve qualquer resistência injustificada do INSS ou mesmo qualquer requerimento administrativo da parte autora acerca de seu pedido subsidiário de aposentadoria especial.

Dessa forma, imperioso constatar que nunca houve pretensão resistida a justificar a interposição desta demanda, motivo pelo qual a manutenção da r. sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da parte autora, nos termos ora consignados.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0009532-55.2013.4.03.6100

(2013.61.00.009532-8)

Recorrente: NOVASOC COML/ LTDA E OUTRAS

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelantes: NOVASOC COML/ LTDA E OUTRAS

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA (VICE-PRESIDENTE)

Classe do Processo: AMS 356206

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/05/2017

DECISÃO

Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo *Contribuinte*, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c” da Constituição Federal, em face de acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal.

Alega, em síntese: (i) violação ao art. 1.022, II do CPC; (ii) contrariedade às disposições dos arts. 15 da Lei 8.036/90; 28, I e § 9º, da Lei 8.212/91; 457 da CLT; 9º, I e 97, I do CTN; (ii) as bases de cálculo da contribuição previdenciária e do FGTS se igualam, de modo que as verbas consideradas indenizatórias para uma contribuição e, conseqüentemente retiradas de sua base de cálculo devem ser igualmente reconhecidas como indenizatórias e retiradas da base de cálculo da outra; (iii) não deve incidir contribuição ao FGTS sobre as verbas quebra de caixa, auxílio-natalidade, adicionais de horas extras, noturno, periculosidade, insalubridade e tempo de serviço, salário-maternidade, férias gozadas e décimo terceiro e (iv) ter direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, com aplicação da taxa Selic, desde a data do indébito, com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Sustenta a existência de dissídio jurisprudencial.

A *União* apresentou contrarrazões.

DECIDO.

O presente recurso deve ser admitido.

Recurso tempestivo, além de estarem preenchidos os requisitos genéricos do art. 1.029 do Código de Processo Civil.

Atendidos os requisitos do esgotamento das vias ordinárias e do prequestionamento.

O acórdão recorrido, reproduzido abaixo apenas em relação aos trechos pertinentes, foi lavrado nos seguintes termos:

“QUEBRA-DE-CAIXA

A gratificação por liberalidade, além do previsto na Lei nº 8.212/91, o art. 457, § 1º, da CLT prevê que ‘integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador’.” Acresça-se, ainda que o E. STJ assentou a natureza não indenizatória das gratificações pagas por liberalidade do empregador. Neste sentido os seguintes julgados:

“TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - AUXÍLIO QUEBRA-DE-CAIXA - VERBA REMUNERATÓRIA - INCIDÊNCIA - PRECEDENTES.

1. Quanto ao auxílio quebra-de-caixa, consubstanciado no pagamento efetuado mês a mês ao empregado em razão da função de caixa que desempenha, por liberalidade do empregador, *a Primeira Seção desta Corte assentou a natureza não-indenizatória das gratificações feitas por liberalidade do empregador.*

2. Infere-se, pois, de sua natureza salarial, que este integra a remuneração, razão pela qual se tem como pertinente a incidência da contribuição previdenciária sobre ela.

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental.

Agravo regimental improvido”. (STJ - Segunda Turma - Edcl no RESP 733.362/RJ - Relator Ministro Humberto Martins - Julgado em 03/04/2008 - Publicado no DJe: 14/04/2008). (Grifos no original).

[...]

Do adicional por tempo de serviço

Dispõe o § 9º, do artigo 28, da Lei nº 8212/91 sobre o rol das parcelas que não integram o salário de contribuição, por não se constituírem salário do trabalhador. Entretanto, a previsão do § 9º, letra “e”, item “2”, refere-se à indenização por tempo de serviço, anterior a 05 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS. Assim sendo, considerando que o pedido da parte impetrante cuida-se de anuênios, biênios, quinquênios, como sendo um adicional enraizado na cultura organizacional das empresas, estabelecidos por convenção, tendo como sua natureza de gratificação e não salarial, todavia, este relator entende que tais parcelas possuem caráter remuneratório.

Neste sentido, a jurisprudência do E. TRF1, reconhecendo que o adicional por tempo de serviço é contraprestação ao trabalho realizado, ou seja, possui natureza de salário e, conseqüentemente, integra o salário de contribuição. Sendo assim, resta configurado de forma nítida o caráter salarial da referida verba.

Neste sentido o seguinte julgados:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE AS SEGUINTE PARCELAS REMUNERATÓRIAS: DIÁRIAS, AUXÍLIO-NATALIDADE, AUXÍLIO-FUNERAL, ABONO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS (1/3), FÉRIAS INDENIZADAS, CONVERSÃO DA LICEÇA PRÊMIO EM PECÚNIA E AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VERBAS INDENIZATÓRIAS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO. POSSIBILIDADE. ADICIONAL DE SOBREAVISO, ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO, HORA EXTRA, HORA REPOUSO, ADICIONAL NOTURNO, INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. NATUREZA SALARIAL. CONTRIBUIÇÃO DEVIDA.

I - Na espécie dos autos, não incide contribuição previdenciária sobre as diárias até o limite de 50% (cinquenta por cento da remuneração), auxílio-natalidade, auxílio-funeral, férias indenizadas, terço constitucional de férias, conversão da licença prêmio em pecúnia e auxílio-alimentação, porquanto as verbas se revestem de caráter indenizatório, não sendo consideradas contraprestação pelo serviço realizado. Precedentes.

II - Os valores pagos a título de adicional noturno, insalubridade e periculosidade, hora repouso, hora extra, adicional de sobreaviso e adicional por tempo de serviço possuem natureza salarial e, por isso, integram a base de cálculo da contribuição previdenciária. Precedentes.

III - Agravo de instrumento parcialmente provido, para sobrestar a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre as diárias até o limite de 50% (cinquenta por cento da remuneração), auxílio-natalidade, auxílio-funeral, férias indenizadas, terço constitucional de férias, conversão da licença prêmio em pecúnia e auxílio-alimentação”. (TRF1, 8ª Turma, Relator Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE, e-DJF1 Data: 17/02/2012 Pg: 758). (Grifei).

Em pesquisa realizada junto aos repositórios de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não se localizou, a princípio, precedente sobre o tema tratado no acórdão recorrido - especificamente sobre a incidência de contribuição ao FGTS sobre as verbas quebra de caixa e

auxílio-natalidade -, merecendo trânsito o recurso excepcional para que a Corte Especial exerça a sua função constitucional.

Por seu turno, o conhecimento dos demais argumentos defendidos pelo Recorrente será objeto de exame pelo Superior Tribunal de Justiça, porquanto aplicáveis ao caso as Súmulas nº 292 e 528 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, *admito* o Recurso Especial.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de abril de 2017.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

EMBARGOS INFRINGENTES

0018547-15.2013.4.03.0000

(2013.03.00.018547-8)

Embargante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Embargado: RAFAEL MARQUES REBOUÇAS

Parte Ré: RMR CONTACT REPRESENTACOES LTDA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Classe do Processo: EI 510264

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2017

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM*, MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, INSUSCETÍVEL DE PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA EXECUTADA. INEXISTÊNCIA DE DILIGÊNCIA DE OFICIAL DE JUSTIÇA. RECONHECIDA *EX OFFICIO* A ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO SÓCIO ADMINISTRADOR/ GERENTE. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. *DIES AD QUEM* DO PRAZO PRESCRICIONAL. DESPACHO CITATÓRIO, PROFERIDO NA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/05. APLICÁVEL A NOVEL LEGISLAÇÃO. PRESCRITOS TODOS OS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS.

I. Os embargos infringentes foram opostos na vigência do CPC/73, o qual previa a existência de tal recurso. Admite-se, por construção pretoriana, a oposição de embargos infringentes em sede de agravo de instrumento, desde que o aresto embargado, não unânime, tenha reformado decisão que analisou matéria de mérito, como a espécie, em que se discute a prescrição em exceção de pré-executividade.

II. A ilegitimidade *ad causam*, por ser matéria de ordem pública, é cognoscível *ex officio* a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 337, § 5º, do CPC) e, *a fortiori*, insuscetível de preclusão *pro judicato*.

III. O redirecionamento da execução fiscal que teve, como esteio único, a suposta dissolução irregular da empresa executada, calcada na frustrada citação via postal, tal chamamento ao processo não se sustenta ante a ausência de diligência do Sr. Oficial de Justiça no endereço da sua sede. Além disso, inexistente qualquer prova do abuso de personalidade jurídica, na forma de excesso de poder ou de infração à lei, contrato social ou estatuto. Não é possível atribuir responsabilidade solidária ao sócio administrador/gerente pelo mero inadimplemento da obrigação tributária pela empresa executada.

IV. Reconhecida, *ex officio*, a ilegitimidade *ad causam* do sócio administrador/gerente para figurar no polo passivo da execução fiscal (redirecionamento), com a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa (art. 85, § 3º, do CPC).

V. A execução fiscal foi ajuizada antes da vigência da LC nº 118/05, sendo o despacho do juiz que ordenou a citação da empresa executada proferido quando já em vigor.

Aplicável a nova legislação, consoante o REsp Repetitivo nº 999.901/RS.

VI. Considerado como marco interruptivo da prescrição o despacho citatório (13.06.2005 - fl. 56), sendo, porém, indevida à retroação à data da propositura da ação (20.10.2004), ante a inexistência de citação da empresa executada, a qual não pode ser atribuída à morosidade da Justiça, por restar evidenciada a inércia da exequente. Inaplicável a Súmula nº 106 do C. STJ.

VII. Verifica-se o transcurso de mais de cinco anos entre as datas de entrega das declarações (14.05.1999, 13.08.1999, 11.11.1999 e 14.02.2000) e o despacho citatório (13.06.2005), encontrando-se atingidos pela prescrição todos os débitos discutidos.

VIII. Rejeitada a matéria preliminar, arguida pela União Federal, de preclusão *pro judicado* da questão relativa à ilegitimidade *ad causam*. Reconhecida, *ex officio*, a ilegitimidade passiva *ad causam* do sócio administrador/gerente, com a sua exclusão do feito executório e a extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação a ele, nos termos do art. 485, VI, do CPC. Negado provimento aos embargos infringentes da União Federal.

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, rejeitar a matéria preliminar arguida pela União Federal, reconhecer, *ex officio*, a ilegitimidade passiva *ad causam* de RAFAEL MARQUES REBOUÇAS, com a sua exclusão do feito executório e a extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação a ele, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, e negar provimento aos embargos infringentes da União Federal, nos termos do voto do Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator). Acompanharam-no a Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA e os Desembargadores Federais FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CONSUELO YOSHIDA e MÔNICA NOBRE. Vencido o Desembargador Federal CARLOS MUTA, que acompanhava o Relator pela conclusão quanto à inexistência dos requisitos para o redirecionamento da execução fiscal e, no mérito, relativamente à prescrição, dava provimento aos embargos infringentes. Farão declaração de voto os Desembargadores Federais FÁBIO PRIETO e CARLOS MUTA.

São Paulo, 07 de março de 2017.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos pela União Federal em face de v. acórdão da Egrégia Terceira Turma desta Corte, acostado à fl. 279, que, por maioria, negou provimento ao agravo inominado do ente público, interposto contra a r. decisão monocrática (fls. 269/270), que deu provimento ao presente agravo de instrumento para reformar a r. decisão de deferimento parcial de exceção de pré-executividade e reconhecer a prescrição da integralidade dos créditos tributários discutidos, e não apenas daqueles constituídos mediante as DCTF's nºs 000.100.1999.300.28858 e 000.100.1999.101.04321. O v. acórdão embargado foi proferido nos termos do voto do Exmo. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (fls. 277/278), no

que foi acompanhado pelo Exmo. Desembargador Federal NERY JÚNIOR, restando vencido o Exmo. Desembargador Federal CARLOS MUTA, que dava provimento ao agravo inominado.

Opostos embargos declaratórios pela União (fls. 282/284), foram conhecidos em parte e, na parte conhecida, rejeitados (fls. 292/294).

Nas razões recursais (fls. 296/297), busca a União prevalência do voto vencido, alegando, em síntese, a inoccorrência da prescrição quanto aos débitos constituídos em 11/11/1999 e 14/02/2000 (DCTF's nºs 000.100.1999.101.94585 e 000.100.2000.102.33562), uma vez que não teria decorrido prazo superior a cinco anos até a data de ajuizamento da execução fiscal (20.10.2004). Sustenta aplicável o disposto no parágrafo único, inciso I, do artigo 174, do Código Tributário Nacional, com redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, sob o argumento de que já se encontrava vigor ao tempo do despacho citatório, o qual interrompe o prazo prescricional, retroagindo à data do ajuizamento da ação, conforme estabelece o artigo 219, §1º, do Código de Processo Civil de 1.973, bem como o entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp Repetitivo nº 1.120.295/SP.

Contrarrazões às fls. 299/313, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Admitidos os embargos infringentes (fl. 315) e, decorrido o prazo legal sem manifestação da parte embargada (fl. 317), foram os autos redistribuídos à minha relatoria.

As partes foram intimadas, na forma do artigo 10 do Código de Processo Civil, para se manifestarem acerca de eventual ocorrência da ilegitimidade passiva *ad causam* do embargado RAFAEL MARQUES REBOUÇAS (fl. 319). A União (embargante) sustentou encontrar-se preclusa tal questão (fl. 321). O embargado deixou transcorrer, *in albis*, o prazo para manifestação (fl. 319-verso).

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos pela União Federal em face de v. acórdão da Egrégia Terceira Turma desta Corte, acostado à fl. 279, que, por maioria, negou provimento ao agravo inominado do ente público, interposto contra a r. decisão monocrática (fls. 269/270), que deu provimento ao presente agravo de instrumento para reformar a r. decisão de deferimento parcial de exceção de pré-executividade e reconhecer a prescrição da integralidade dos créditos tributários discutidos, e não apenas daqueles constituídos mediante as DCTF's nºs 000.100.1999.300.28858 e 000.100.1999.101.04321. O v. acórdão embargado foi proferido nos termos do voto do Exmo. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (fls. 277/278), no que foi acompanhado pelo Exmo. Desembargador Federal NERY JÚNIOR, restando vencido o Exmo. Desembargador Federal CARLOS MUTA, que dava provimento ao agravo inominado.

A priori, registro que os embargos infringentes (11/04/2016) foram opostos na vigência do Código de Processo Civil de 1.973, o qual previa a existência de tal recurso.

Cumpre realçar que, muito embora o antigo *Codex* Processual Civil não estabelecesse, de forma expressa, o cabimento de embargos infringentes em sede de agravo de instrumento, admitia-se, por construção pretoriana, a oposição deste recurso, desde que o aresto embargado, não unânime, tivesse reformado decisão que analisou matéria de mérito. Nesse senti-

do, cito julgados do Colendo Superior Tribunal e desta Egrégia Segunda Seção: *STJ - AgRg no AREsp 12778 / SP, Rel. Min. SIDNEI BENETI (1137), TERCEIRA TURMA, julgamento em 05/02/2013, DJe 26/02/2013; TRF da 3ª Região - SEGUNDA SEÇÃO, EI 0025534-38.2011.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO, julgado em 03/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/09/2013.*

Logo, vê-se que a existência de conteúdo meritório do *decisum* colegiado, não unânime, seja em grau de apelação ou em agravo de instrumento (este último aceito por construção pretoriana), é condição *sine qua nom* para a admissibilidade dos embargos infringentes, cuidando-se, assim, de requisito imprescindível.

In casu, o v. acórdão majoritário embargado reformou decisão proferida em exceção de pré-executividade, na qual se discutia a prescrição, de modo que comporta o recurso de embargos infringentes.

Assim conheço dos embargos infringentes.

Contudo, antes de adentrar no exame dos presentes embargos infringentes, passo a analisar a legitimidade ad causam de RAFAEL MARQUES REBOUÇAS para compor o polo passivo da execução fiscal, condição da ação.

Assim, rechaço a preliminar da União de preclusão da *quaestio*, por ser matéria de ordem pública, cognoscível *ex officio* a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 337, § 5º, do CPC) e, *a fortiori*, insuscetível de preclusão *pro judicato*.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DOAÇÃO DE BEM PÚBLICO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE COM DISPENSA DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DOAÇÃO COM ENCARGO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. INTERESSE PÚBLICO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

Omissis

5. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, por ser matéria de ordem pública, a análise de ocorrência ou não de prescrição, não ocorre preclusão *pro judicato*. Precedentes. REsp. 1.450.361/RN, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/6/2014, DJe 24/6/2014; EDcl no AgRg no REsp. 1.358.343/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 13/5/2013.

Omissis

10. Não pode ser conhecido o recurso pela alínea “c” do permissivo constitucional quando o recorrente não realiza o necessário cotejo analítico, bem como não apresenta, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, não foram demonstradas as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1517891/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 17/08/2015) - destaqueei

PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ANÁLISE. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que não ocorre preclusão

pro judicato a análise de matéria de ordem pública. Precedentes: AgRg na Pet 9.669/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL; REsp. 1.450.361/RN, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA; EDcl no AgRg no REsp. 1.358.343/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 560.793/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 17/11/2014)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONDIÇÕES DA AÇÃO. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. BACEN. CORREÇÃO MONETÁRIA. PLANO COLLOR. CRUZADOS NOVOS RETIDOS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 168/90 E LEI Nº 8.024/90. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. INOCORRÊNCIA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE.

1. *As condições da ação, como sói ser a legitimidade ad causam, encerram questões de ordem pública cognoscíveis de ofício pelo magistrado, e, a fortiori, insuscetíveis de preclusão pro judicato*. Precedentes do STJ: EREsp 295.604/MG, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 01/10/2007 e AgRg no Ag 669.130/PR, QUARTA TURMA, DJ 03/09/2007.

Omissis

5. Recurso Especial parcialmente provido para determinar a remessa dos autos à Justiça Estadual (art. 113, *caput*, e § 2º, do CPC).

(STJ, RESP 200800992226, Relator Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 02/02/2010 - grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL. MULTA CONTRATUAL. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DE PARTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Segundo iterativos precedentes desta Corte a multa contratual pode ser reduzida, ao prudente critério do juiz, quando observada, no caso concreto, indevida exacerbação que importe em verdadeiro enriquecimento sem causa.

2 - *Legitimidade de parte é matéria de ordem pública, analisável em qualquer grau de jurisdição. Inexistência de preclusão pro judicato*.

3 - Agravo regimental não provido.

(STJ, AGA 200500499500, Relator Min. FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, DJ DATA: 03/09/2007) - destaquei

Outro não é o entendimento adotado nesta Egrégia Corte Regional. A propósito, cito os seguintes julgados: TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 570357 - 0025386-85.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 04/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/08/2016; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 578633 - 0005101-37.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 22/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/10/2016; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 158396 - 0726087-78.1991.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 02/06/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/06/2016; TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 569004 - 0024441-98.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 28/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/05/2016; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 555141 - 0008233-39.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 11/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/06/2015; TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1574067 - 0012874-60.2002.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 28/05/2015, e-DJF3 Judicial 1

DATA: 11/06/2015; TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 544802 - 0028411-43.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 26/03/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/04/2015.

Consoante dito alhures, cuida-se de matéria de ordem pública e, como corolário lógico, permite o seu conhecimento a qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado, a teor do artigo 485, § 3º, do Código de Processo Civil (art. 267, § 3º, do CPC/73).

O MM. Juízo *a quo* (decisão de fl. 169) deferiu o pedido de redirecionamento da execução em relação a RAFAEL MARQUES REBOUÇAS, sob o fundamento de ser o sócio administrador à época da dissolução irregular, calcada esta na frustrada citação via postal da empresa executada RMR - CONTACT REPRESENTAÇÕES LTDA, com base no Aviso de Recebimento dos Correios (AR à fl. 37).

Exige-se para a inclusão de sócio no polo passivo da execução fiscal, com o seu redirecionamento, prova do abuso de personalidade jurídica, na forma de excesso de poder ou de infração à lei, contrato social ou estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Veja-se, a respeito, precedente desta Egrégia Corte:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS INFRINGENTES. INCLUSÃO NA CDA. RESPONSABILIDADE PRESUMIDA DOS SÓCIOS. ART. 13 DA LEI 8.620/93. RE Nº 562.276/RS. INCONSTITUCIONALIDADE. OCORRÊNCIAS DO ART. 135, III DO CTN. PROVA A CARGO DA EXEQUENTE.

I - Entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o RE nº 562.276/RS, considerou inconstitucional a aplicação do artigo 13 da Lei 8.620/93. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 1.153.119/MG, pelo regime do artigo 543-B do CPC e da Resolução STJ 08/08.

II - Da mera presença dos nomes dos sócios da empresa na Certidão de Dívida Ativa não é possível inferir a presunção de responsabilidade dos mesmos, sendo necessária a observância dos critérios contidos no artigo 135 do CTN.

III - No caso em tela, a responsabilidade da embargante Suzana Queiroz San Emeterio pela obrigação tributária da pessoa jurídica executada se fundaria na regra inconstitucional do artigo 13 da Lei 8.620/93. Além da irregularidade do próprio fundamento, a embargante logrou, ainda, demonstrar (fls. 26/27) que nos estatutos da sociedade observa-se que a sócia não tinha poderes de administração, conforme alteração contratual de 02.03.1988, anterior ao período dos créditos objeto da execução. Deste modo, não há nos autos qualquer elemento que demonstre que a sócio agiu com excesso de poder ou infração à lei.

IV - Embargos infringentes providos para manter a exclusão de Suzana Queiroz San Emeterio do pólo passivo da execução.

(TRF3, EI 1303512, Relator Des. Fed. ANTÔNIO CEDENHO, DJ 16/01/2014).

Por outro lado, conforme entendimento jurisprudencial pacificado, apesar de ser encargo da empresa o recolhimento de tributos, o mero inadimplemento ou atraso no pagamento não caracteriza a responsabilidade tributária disposta no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, a Súmula nº 430 do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

O mesmo não ocorre quando há dissolução irregular da sociedade, devidamente comprovada por meio de diligência realizada por meio de Oficial de Justiça, posto haver o descumprimento de deveres por parte dos sócios gerentes/administradores da sociedade, nos termos da Súmula nº 435 do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Destarte, a certidão de Oficial de Justiça, no sentido de que a empresa não mais existe, é indício bastante de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução (STJ, AGRESp nº 175282, Rel. Min. Humberto Martins, j. 26.06.12; TRF3, AI nº 201203000225393, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, decisão proferida em 20.08.12; AI nº 201103000311827, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 03.09.12).

Na espécie, não é possível deduzir a suposta dissolução irregular da empresa com base nos elementos constantes dos autos, ante a ausência de qualquer diligência por Oficial de Justiça no endereço da empresa executada cadastrada no CNPJ e na JUCESP, inexistente, também, a citação por edital desta.

Confira-se, a respeito, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 435/STJ. 1. *omissis*.

2. Jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de que o encerramento da empresa sem baixa nos órgãos de registro competentes, bem como a comprovação mediante certidão do oficial de justiça de que esta não funciona mais no endereço indicado, são indícios de que houve dissolução irregular de suas atividades, o que autoriza o redirecionamento aos sócios-gerentes, nos termos da Súmula 435/STJ.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1242666/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 14/02/2012)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. NÃO LOCALIZAÇÃO DA EMPRESA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR.

1. O posicionamento desta Corte é no sentido de que a não localização de empresa executada em endereço cadastrado junto ao Fisco, atestada na certidão do oficial de justiça, representa indício de dissolução irregular, o que possibilita e legitima o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente. Esse foi o entendimento fixado pela Primeira Seção por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência nº 716.412/PR, em 12.9.2008, sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin (DJe de 22.9.2008).

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal *a quo* asseverou que existem indícios de dissolução irregular da sociedade, o que permite o redirecionamento da execução fiscal.

3. Decisão mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1247879/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 25/02/2010)

Nessa toada, cito julgados deste Egrégio Tribunal Regional Federal:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. EXECUÇÃO FISCAL. PIS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III, CTN. DIRETOR. SOCIEDADE ANÔNIMA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. FATO NÃO COMPROVADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não cabe redirecionamento da execução fiscal sem comprovação de dissolução irregular por diligência de oficial de Justiça ou de ato de gestão societária amoldado ao artigo 135, III, CTN, a tanto não se equiparando a inexistência de bens penhoráveis, a irregularidade cadastral por falta de cumprimento de obrigação acessória, ou, até mesmo, a infração à obrigação principal, por inadimplência fiscal, à luz da jurisprudência consolidada.

2. Caso em que o voto vencido reputou suficiente para redirecionar a execução fiscal a condição do embargado de diretor da sociedade, relegando o exame de eventual prática de infração, para efeito do artigo 135, III, CTN, para a defesa em embargos do devedor, dada a necessidade de dilação probatória.

3. Embargos infringentes desprovidos.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 315244 - 0094684-48.2007.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 05/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/07/2016)

Neste diapasão, considerando que o redirecionamento da execução fiscal em relação ao sócio RAFAEL MARQUES REBOUÇAS teve, como esteio único, a suposta dissolução irregular da empresa executada, calcada na frustrada citação via postal, importa reconhecer que tal chamamento ao processo não se sustenta ante a ausência de diligência do Sr. Oficial de Justiça no endereço da sua sede.

Além disso, inexistente, nos autos, qualquer prova do abuso de personalidade jurídica, na forma de excesso de poder ou de infração à lei, contrato social ou estatuto. Não se faz possível, pois, atribuir a responsabilidade solidária pelo mero inadimplemento da obrigação tributária pela empresa executada, ainda que RAFAEL MARQUES REBOUÇAS detivesse a condição de sócio administrador/gerente (46/86, 88/101, 107/116, 120/127, 139/146, 151/157, 163/168 e 182).

Dessa feita, é de se reconhecer, de ofício, a ilegitimidade *ad causam* de RAFAEL MARQUES REBOUÇAS para figurar no polo passivo da execução fiscal, com o seu redirecionamento, sendo medida de rigor a sua exclusão do feito executório e, conseqüentemente, a extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação a ele, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Diante disso, condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios, em favor de RAFAEL MARQUES REBOUÇAS, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa (R\$ 15.922,88 - 20.10.2004), com fulcro no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil.

Anoto que segundo entendimento jurisprudencial remansoso é cabível o arbitramento de honorários advocatícios contra a Fazenda Pública quando acolhida exceção de pré-executividade, mesmo que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal (STJ, AGREsp 200901068605). Desta sorte, tal orientação é plenamente válida quando a extinção se dá pelo reconhecimento de ofício da ilegitimidade passiva em agravo de instrumento, interposto contra decisão proferida em incidente de pré-executividade.

Passo a apreciar os embargos infringentes.

No voto condutor (fls. 277/278), o Exmo. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator) assentou o seguinte entendimento: “Trata-se, no presente caso, de execução fiscal ajuizada antes da vigência da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, a qual alterou o artigo 174, parágrafo único, inciso I, do CTN. No entanto, o despacho que ordenou a citação foi posterior a nova legislação, eis que as normas processuais têm aplicabilidade imediata”. Dessa forma, considerou atingidos pela prescrição todos os débitos constantes das CDA’s (nºs 80.2.04.040783-44, 80.6.04.060174-90 e 80.7.04.014303-02), pois transcorridos mais de cinco anos entre as datas da entrega das declarações (11/11/99, 14/02/00, 14/05/99 e 13/08/99) e a do despacho que ordenou a citação da União (13/06/2005).

No voto vencido (fls. 288/294), o Exmo. Desembargador Federal CARLOS MUTA consignou que “Na espécie, restou demonstrado que as DCTF’s foram entregues em 11/11/1999 e 14/02/2000 (f. 214), sendo que a execução fiscal foi ajuizada em 20/10/2004 (fl. 25), antes da vigência da LC 118/2005, sendo aplicável, pois, a interrupção nos termos da Súmula 106/STJ, pelo inexistente a prescrição (...)”.

Do cotejo dos votos acima reportados, verifica-se que a controvérsia cinge-se a ocorrência, ou não, da prescrição quanto aos créditos constantes das DCTF’s nºs 000.100.1999.101.94585 e 000.100.2000.102.33562, cujas declarações foram entregues, respectivamente, em 11.11.1999 e 14.02.2000.

Registro não haver qualquer dissenso quanto à prescrição reconhecida pelo MM. Juízo de origem no tocante aos créditos relativos às DCTF’s nºs 000.100.1999.300.28858 e 000.100.1999.101.04321, com declarações apresentadas, respectivamente, em 14.05.1999 e 13.08.1999.

Dispõe o *caput*, do artigo 174, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Por conseguinte, a constituição definitiva do crédito tributário, sujeito à decadência, inaugura o lapso prescricional da pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.

A constituição definitiva do crédito tributário, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, disciplinado no artigo 150, do Código Tributário Nacional, *como na espécie*, dá-se com a data do vencimento ou com a entrega ao Fisco da declaração pertinente (Declaração de Tributos Federais - DCTF, Declaração de Rendimentos, ou outra que a elas se assemelhe).

Registre-se que a declaração pelo contribuinte dispensa a homologação formal, conforme consagrado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 962.379/RS, submetido ao rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973. Tal entendimento inclusive acabou por culminar na edição da Súmula nº 463:

A entrega da declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada outra providência por parte do Fisco.

Nesta senda, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, declarados pelo contribuinte e não pagos na época oportuna, o Fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contado o *termo a quo* do prazo prescricional do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior.

Por sua vez, a prescrição será interrompida, dentre outras hipóteses legais, pela citação pessoal do devedor (art. 174, par. único, I, do CTN, redação primitiva) ou, ainda, pelo despacho que a ordenar (art. 174, par. único, I, com redação dada pela LC nº 118/05).

Frise-se que, havendo a *citação válida do devedor*, a interrupção da prescrição *retroagirá à data do ajuizamento da ação*, nos termos do artigo 219, § 1º, do Código de Processo Civil de 1.973, sendo, pois, esse o *termo ad quem do prazo prescricional*.

Todavia, para se evitar prejuízo à exequente por eventual morosidade atribuível à máquina judiciária para promoção da citação, consoante inclusive encerra a redação do artigo 219, § 2º, do Código de Processo Civil de 1.973, com as modificações dadas pela Lei nº 8.952/1994, deve ser considerada a existência, ou não, de sua inércia.

Esse entendimento inclusive veio a ser cristalizado na Súmula nº106 do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

Na linha de exegese ora adotada, é o entendimento consagrado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.120.295/SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C, do CPC/73), consoante se extrai do ementário abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (*IN CASU*, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos EREsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).

2. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, *verbis*:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

- (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial;
 III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
 IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.”
3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.
4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).
5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, *verbis*: “A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco.”
6. Consequentemente, o *dies a quo* do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.
7. *In casu*: (i) cuida-se de créditos tributários atinentes a IRPJ (tributo sujeito a lançamento por homologação) do ano-base de 1996, calculado com base no lucro presumido da pessoa jurídica; (ii) o contribuinte apresentou declaração de rendimentos em 30.04.1997, sem proceder aos pagamentos mensais do tributo no ano anterior; e (iii) a ação executiva fiscal foi proposta em 05.03.2002.
8. Deveras, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, independentemente da forma de tributação (lucro real, presumido ou arbitrado), é devido mensalmente, à medida em que os lucros forem auferidos (Lei 8.541/92 e Regulamento do Imposto de Renda vigente à época - Decreto 1.041/94).
9. De acordo com a Lei 8.981/95, as pessoas jurídicas, para fins de imposto de renda, são obrigadas a apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior (artigo 56).
10. Assim sendo, não procede a argumentação da empresa, no sentido de que: (i) “a declaração de rendimentos ano-base de 1996 é entregue no ano de 1996, em cada mês que se realiza o pagamento, e não em 1997”; e (ii) “o que é entregue no ano seguinte, no caso, 1997, é a Declaração de Ajuste Anual, que não tem efeitos jurídicos para fins de início da contagem do prazo seja decadencial, seja prescricional”, sendo certo que “o Ajuste Anual somente tem a função de apurar crédito ou débito em relação ao Fisco.” (fls. e-STJ 75/76).
11. Vislumbra-se, portanto, peculiaridade no caso sub examine, uma vez que a declaração de rendimentos entregue no final de abril de 1997 versa sobre tributo que já deveria ter sido pago no ano-calendário anterior, inexistindo obrigação legal de declaração prévia a cada mês de recolhimento, consoante se depreende do seguinte excerto do acórdão regional: “Assim, conforme se extrai dos autos, a formalização dos créditos tributários em questão se deu com a entrega da Declaração de Rendimentos pelo contribuinte que, apesar de declarar os débitos, não procedeu ao devido recolhimento dos mesmos, com vencimentos ocorridos entre fevereiro/1996 a janeiro/1997 (fls. 37/44).”
12. Consequentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, *in casu*, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).
13. *Outrossim*, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da

execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).

14. O *Codex* Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, *após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005*, conduz ao entendimento de que o *marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional*.

15. A doutrina abalizada é no sentido de que: “Para CÂMARA LEAL, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a ‘possibilidade de reviver’, pois não há sentido a priori em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo).

Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição.

Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil:

‘Art. 219. A citação válida torna preventivo o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e *interrompe a prescrição*.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.’

Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação.

Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição.” (Eurico Marcos Diniz de Santi, in “Decadência e prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233)

16. Destarte, a propositura da ação constitui o *dies ad quem* do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.

17. *Outrossim, é certo que “incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário” (artigo 219, § 2º, do CPC)*.

18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ, REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, J. 12/05/2010, DJe 21/05/2010) - destaquei

De outra parte, o Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu, no julgamento do REsp nº 999.901/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C, do CPC/73), que a Lei Complementar nº 118/2005, a qual promoveu alteração no artigo 174, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional, estabelecendo como hipótese de interrupção da prescrição o despacho que ordena a citação, é norma processual e deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso. E, bem assim, assentou ser aplicável a novel legislação às ações pro-

movidas antes da sua vigência (09.06.2005), contudo, desde que posterior o despacho citatório à sua entrada em vigor. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUPTÃO. PRECEDENTES.

Omissis

6. *Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.*

Omissis

10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 999.901/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009)

In casu, a execução fiscal foi ajuizada em 20.10.2004 (fl. 25), ou seja, antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (09.06.2005). Contudo, o despacho do juiz que ordenou a citação da empresa executada se deu em 13.06.2005 (fl. 56), quando já em vigor.

Assim, é imperiosa a aplicação da nova legislação, considerando-se como *marco interruptivo da prescrição o despacho citatório* (13.06.2005 - fl. 56), sendo, porém, indevida à retroação à data da propositura da ação (20.10.2004 - fl. 25), ante a inexistência de citação da empresa executada.

Impende registrar que não se pode atribuir a ausência da citação à morosidade da Justiça, por restar evidenciada, nos autos, a inércia da exequente, já que, frustrada a tentativa de citação postal (AR - fl. 57), limitou-se a União a requerer a juntada de documentos e postular a apreciação de eventual pedido anteriormente formulado, que sequer fora realizado (61/65, 66/86 e 87/101).

Descuidou-se a exequente de seu ônus de promover o ato processual, seja por Oficial de Justiça, seja por edital. O feito executório prosseguiu sem a citação da empresa executada, tendo a exequente realizado esforços tão somente no sentido de redirecionamento da execução para os sócios.

Nesta toada, diante da configurada inércia da exequente, mostra-se inaplicável a Súmula nº 106 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Destaco, por oportuno, que o pedido de redirecionamento da execução na pessoa dos sócios não tem o condão de elidir o ônus processual da exequente de promover a citação da executada.

A propósito, destaco os arestos abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. ILEGITIMIDADE DE PARTE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. REQUISITOS AUSENTES. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. DECLARAÇÃO DO CONTRIBUINTE OU VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA EM PROMOVER A CITAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA

106 DO C. STJ. RECURSO E REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDOS.

Omissis

- Inaplicável, na espécie, o disposto na Súmula 106 do C. STJ, eis que sequer houve citação e a ausência da satisfação do crédito tributário não se deu por motivos inerentes ao mecanismo da justiça.

- Apelação e reexame necessário improvidos.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1968555 - 0031141-28.2002.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 21/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 05/10/2016)

AGRAVO LEGAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. Os débitos inscritos na dívida ativa dizem respeito à Contribuição Social incidente sobre o Lucro Presumido, cujos créditos foram constituídos mediante a entrega da Declaração de Rendimentos em 1996.

2. No caso, muito embora o ajuizamento da execução tenha ocorrido em 30.10.2000, restou caracterizada a inércia da exequente que, após frustrada a tentativa de citação com AR da empresa executada, descuidou de seu ônus em promover o ato processual, seja por oficial de justiça, seja por edital, envidando esforços tão somente no sentido de proceder ao redirecionamento do feito para os sócios da referida empresa.

3. Note-se que a exequente não veio a requerer, novamente, a citação da empresa executada, de modo que a não realização do ato deve a ela ser imputado, uma vez que decorreu período superior a 5 (cinco) anos desde a constituição do crédito tributário. Nesse passo, deve ser mantida a r. sentença que, acertadamente, reconheceu a prescrição tributária quinquenal.

4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

5. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1971754 - 0084731-85.2000.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 11/12/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/12/2014)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. INÉRCIA DO EXEQUENTE. SÚMULA 106 DO STJ - INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

Omissis

5. Pelo breve relato do andamento do feito, pode-se notar que o feito prosseguiu sem citação da empresa executada até a prolação da sentença extintiva, o que denota a inércia da exequente em perseguir efetivamente a satisfação dos créditos tributários em execução.

6. Com efeito, a teor do § 20 do art. 219 do CPC, é ônus do autor promover os meios necessários à citação do réu. Não se olvide, ainda, que o pedido de redirecionamento da execução na pessoa dos sócios não tem o condão de elidir o ônus processual do exequente de promover a citação da empresa devedora, ainda que por edital.

Omissis

9. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1878835 - 0024715-09.2013.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, julgado em 21/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/11/2013)

As declarações que ocorreram em momento posterior ao vencimento das exações, relativas aos débitos constantes das DCTF's nºs 000.100.1999.300.28858, 000.100.1999.101.04321, 000.100.1999.101.94585 e 000.100.2000.102.33562, foram entregues, respectivamente, em 14.05.1999, 13.08.1999, 11.11.1999 e 14.02.2000.

Desta feita, verifica-se o transcurso de mais de cinco anos entre as datas de entrega das declarações (14.05.1999, 13.08.1999, 11.11.1999 e 14.02.2000) e o despacho citatório (13.06.2005), encontrando-se atingidos pela prescrição todos os débitos tributários discutidos.

A par das considerações traçadas, data máxima vênua, concluo que o voto vencedor espelha o melhor posicionamento, a merecer guarida, quando entendeu pela ocorrência da prescrição da integralidade dos débitos tributários discutidos.

Isto posto, *rejeito* a matéria preliminar arguida pela União Federal, de preclusão *pro judicado* da questão relativa à ilegitimidade *ad causam*. Reconheço, *ex officio*, a ilegitimidade passiva *ad causam* de RAFAEL MARQUES REBOUÇAS, com a sua exclusão do feito executório e a extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação a ele, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, condenando a União ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, com fulcro no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil. *Nego provimento* aos embargos infringentes da União Federal.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA:

Senhores Desembargadores, os embargos infringentes, previstos no artigo 530, CPC/1973, não cabiam para exame de questão preliminar nem para a discussão de matéria decidida por unanimidade e, com maior razão, quando não apreciada pela Turma.

Todavia, em se tratando de questão de ordem pública, assentou-se o entendimento de que, mesmo que não apreciada no acórdão embargado, estando, pois, fora do âmbito da divergência, caberia à Seção o respectivo exame, o que se tem feito, especialmente quanto à prescrição em matéria tributária, ainda que o resultado possa ser mais gravoso para o recorrente.

Tal orientação vem assentada em alguns julgados da Seção, como este de que fui relator:

El 00312009820084039999, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 20/05/2011: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ACÓRDÃO DE REFORMA DE SENTENÇA DE MÉRITO. ADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA E LIMITES DO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF E DATA DO VENCIMENTO.

1. Tendo o acórdão sido proferido na vigência da Lei nº 10.352/01, reformando sentença de mérito, cabem os embargos infringentes.
2. Não se conhece, porém, dos embargos infringentes no tocante à alegação de violação ao artigo 535 do CPC, vez que se trata de impugnação não ao acórdão em que verificado o julgamento de mérito não-unânime, mas ao que decidido, por unanimidade, no bojo de embargos de declaração.
3. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados.
4. Caso em que consta dos autos a prova de que os vencimentos dos tributos ocorreram entre 10.02.98 e 08.01.99, sendo que a DCTF foi entregue em 28.10.99, tendo sido a execução fiscal,

antes da vigência da LC nº 118/05, em 28.09.04, com expedição de mandado em 25.10.04, e citação efetivada em 04.11.04, dentro, portanto, do prazo quinquenal, considerada a aplicação, na espécie, das Súmulas nº 78/TRF e nº 106/STJ, pelo que inexistente a prescrição.

5. Embora a prova da data da entrega da DCTF tivesse sido juntada somente depois dos embargos de declaração, por se tratar de discussão de matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício, a qualquer tempo, não existe impedimento à discussão do tema, inclusive porque teve a embargada oportunidade processual para impugnar as razões e os fatos em que fundados os embargos infringentes.

6. Embargos infringentes parcialmente conhecidos e providos.

Assim igualmente já decidiu a Corte Superior:

AERESP 1.375.609, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJE 02/02/2015:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. ÂMBITO DE COGNIÇÃO. TERMOS DO VOTO VENCIDO. RECONHECIMENTO DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA AOS QUAIS SE NEGOU SEGUIMENTO EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A ausência de similitude fático-processual entre o acórdão embargado e os casos comparados impossibilita o processamento e julgamento dos embargos de divergência.

2. Os acórdãos apontados como paradigma destacaram que os limites do julgamento dos embargos infringentes são definidos pelo teor do voto vencido. Todavia, esses mesmos julgados não se referiram à possibilidade de reconhecimento de matéria de ordem pública, por ocasião da apreciação dos embargos infringentes, o que os diferenciam do aresto embargado.

3. A posição adotada pelo acórdão embargado - consistente na possibilidade de reconhecimento de matéria de ordem pública no julgamento dos embargos infringentes - não destoia da orientação firmada em outros julgados desta Corte Superior. Precedentes: AgRg no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1258627/PE, 6ª Turma, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), DJe de 27/06/2014 e REsp nº 304.629/SP, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 16/03/2009.

4. Agravo regimental desprovido.

A controvérsia reside em definir se a ilegitimidade passiva, vista à luz do artigo 135, III, CTN, configura efetiva condição da ação ou, propriamente, questão de mérito.

Embora largamente tratada como questão preliminar, não se cuida, a rigor, de condição da ação, pois o respectivo exame não se define apenas diante da legislação processual civil, senão que, decisivamente, com base no exame do direito material, no caso o artigo 135, III, CTN. É a típica situação em que a tal preliminar confunde-se com o mérito, por ser, de fato, matéria de direito material e não processual, tornando, portanto, inviável o seu julgamento de ofício na via dos embargos infringentes.

A prescrição, prejudicial de mérito, é examinada de ofício em razão de previsão legal expressa, o que não ocorre, porém, com outras questões de mérito ou com questões “preliminares” que se confundem com o próprio mérito, pelo que peço máxima e respeitosa vênua ao relator para divergir da proposição lançada a fim de não conhecer de ofício de tal questão.

Vencido no conhecimento, acompanho o relator no exame de fundo da questão da ilegitimidade passiva.

Também divirjo, com a devida licença, quanto ao tema devolvido pelo recurso, atinente à prescrição do artigo 174, CTN.

A execução fiscal tratou das seguintes inscrições: 80.2.04.040783-44, 80.6.04.060174-90 e 80.7.04.01403-02 (f. 25). Cada qual delas com tributos constituídos por entrega de declarações em datas distintas (f. 196/7). A decisão agravada reputou prescritos os créditos objeto das DCTFs 000100199930028858 e 000100199910104321 (f. 255), entregues em 14/05/1999 e 13/08/1999.

Logo, quanto aos demais créditos, houve rejeição da prescrição, vez que constituídos os tributos por entrega de declarações em duas datas posteriores: 11/11/1999 e 14/02/2000 (f. 196/97), conforme constou da declaração de voto, lançada nos autos (f. 289).

A ação foi ajuizada em 20/10/2004 (f. 25), ainda dentro do prazo de cinco anos contados de 11/11/1999 e 14/02/2000. Antecipada a interrupção da prescrição para a data do “cite-se” - considerada a vigência da LC 118/2005 que deu nova redação ao artigo 174, parágrafo único, I, CTN -, que ocorreu em 13/06/2005 (f. 56), resulta irrelevante aferir se houve demora na citação, porque tal fato apenas poderia ter relevância se a interrupção exigisse a citação, como era na vigência do texto originário.

Nem por isso, porém, deixa de ter aplicação a Súmula 106/STJ, que trata dos efeitos do marco interruptivo da prescrição, ao dispor que:

Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

Trata-se de observar, para tanto, a jurisprudência firmada na Corte Superior, acerca da sujeição da prescrição tributária ao regime do artigo 219, CPC/1973:

AGRESP 1.561.351, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 10/12/2015:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. ART. 174 DO CTN. RETROAÇÃO À PROPOSITURA. INVIABILIDADE. SÚMULA 106/STJ. INÉRCIA DO JUDICIÁRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. É dever da parte apontar especificamente em que consiste a omissão, a contradição ou a obscuridade do julgado, não cabendo ao STJ, em sede de recurso especial, investigar tais máculas no acórdão recorrido, se as razões recursais não se incumbem de tal ônus. Incidência da Súmula 284/STF.

2. Nos termos do art. 174 do CTN, prescreve em cinco anos a ação de cobrança do crédito tributário, contados da sua constituição definitiva, somente sendo interrompida a prescrição nos seguintes casos: a) pela citação pessoal feita ao devedor; b) pelo protesto judicial; c) por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; d) por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

3. Com a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, o art. 174, parágrafo único, I, do CTN foi modificado para determinar como uma das causas de interrupção da prescrição o despacho que determina a citação.

4. A LC 118/2005 é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à entrada em vigor, sob pena de retroação da nova legislação.

5. Para as causas cujo despacho que ordena a citação seja anterior à entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, aplica-se o art. 174, parágrafo único, I, do CTN, em sua redação

anterior, como no presente caso, de modo que somente a citação válida tem o condão de interromper o prazo prescricional.

6. *A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento segundo o qual, mesmo nas Execuções Fiscais, a citação retroage à data da propositura da ação para efeitos de interrupção da prescrição, na forma do art. 219, § 1º, do CPC.*

7. *Da análise do voto condutor do recurso representativo da controvérsia, extrai-se que a interrupção da prescrição só retroage à data da propositura da ação quando a demora na citação é imputada exclusivamente ao Poder Judiciário nos termos da Súmula 106/STJ.*

8. No caso dos autos, conforme se depreende da leitura dos autos, a citação tardia não decorreu dos mecanismos inerentes ao Poder Judiciário. Logo, não há falar em violação do art. 219, § 1º, do CPC. Por fim, também não merece seguimento o presente recurso quanto à alegação de inércia do Poder Judiciário em efetuar a citação do devedor, pois esta análise demanda, necessariamente, o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado ao STJ, em recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ. Entendimento reiterado por esta Corte Superior, inclusive em recurso repetitivo (art. 543 -C do CPC), no julgamento do REsp 1.102.431/RJ, relatoria Min. Luiz Fux. Agravo regimental improvido.

Embora a Súmula 106/STJ e o acórdão no recurso representativo da controvérsia tratem da retroação dos efeitos da citação, o que se explica à luz da antiga redação do artigo 174, parágrafo único, I, CTN, evidente que, à vista das inovações da LC 118/2005, o novo marco interruptivo, que passou a ser a ordem de citação, deve servir de critério na contagem da prescrição.

Logo, a aplicação da Súmula 106/STJ, ajustada à nova redação do artigo 174, parágrafo único, I, CTN, diz com a necessidade de verificar se houve demora do mecanismo judiciário quanto à própria ordem de citação, e não mais em relação à citação em si, que deixou de ser marco interruptivo da prescrição, na vigência da LC 118/2005.

A retroação dos efeitos da interrupção à data da propositura da ação é regra da legislação processual civil aplicável no trato da prescrição tributária, conforme assente na jurisprudência, ao acolher a Súmula 106/STJ no âmbito das execuções fiscais.

Embora no Código de Processo Civil, anterior como atual, esteja a citação válida elencada como causa interruptiva (artigo 219, CPC/1973 e 240, CPC/2015), para efeitos tributários a interrupção passou a ser, nos termos da LC 118/2005, a ordem de citação e, portanto, se o respectivo despacho somente foi proferido depois do prazo quinquenal, mas por culpa exclusiva do mecanismo judiciário, a retroação dos efeitos interruptivos à data da propositura da ação é determinação derivada da lei e da jurisprudência.

Neste aspecto, a partir das premissas assim assentadas, é possível aferir dos autos que, entre a propositura da execução fiscal, em 20/10/2004, e a ordem de citação, em 13/06/2005 (f. 56), a demora, medida em meses, resultou exclusivamente da falta de operacionalidade do mecanismo judiciário, e não de inércia da exequente. De fato, conforme prova a cópia integral e sequencial do feito, a própria conclusão inicial dos autos ao magistrado apenas foi promovida no próprio dia 13/06/2005, a indicar que, até então, a execução fiscal permaneceu paralisada, sem andamento adequado, o que resultou na consumação de prazo superior a cinco anos desde o termo inicial.

Todavia, como assentado, sem responsabilidade causal imputável à própria exequente, não é possível cogitar de prescrição, na forma da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça, aplicada em adequação ao disposto no artigo 174, parágrafo único, I, CTN, na redação dada pela LC 118/2005, e § 1º do artigo 219, CPC/1973.

Ante o exposto, pedindo máxima vênia ao douto relator, meu voto segue no sentido de dar provimento aos embargos infringentes.

É como declaro o voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

Trata-se de embargos infringentes.

Em execução fiscal, a Turma reconheceu, o despacho ordinatório da citação, como causa interruptiva da prescrição.

O voto vencido, com supedâneo na Súmula 106, do STJ, fez retroagir a condição interruptiva à data do ajuizamento da execução fiscal.

É uma síntese do necessário.

Súmula 106, do STJ:

Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

Não é o caso de aplicação da súmula.

A execução fiscal foi distribuída em 20 de outubro de 2004 (fls. 21).

O despacho ordinatório da citação da *sociedade empresária* foi publicado em 13 de junho de 2005 (fls. 56).

A sociedade empresária *não* foi citada, através dos Correios.

Em 16 de novembro de 2005 (fls. 59), a União teve vista dos autos.

Devolveu os autos em 30 de março de 2006 (fls. 59).

Em 1º de junho de 2006 (fls. 66), a União apresentou petição inepta: “requer a exequente seja efetivamente apreciado eventual pedido anteriormente formulado”.

No dia seguinte (fls. 87), reiterou a petição inepta.

Quando foi novamente provocada (fls. 102) pelo Juízo, protocolou, em 26 de fevereiro de 2007, petição, com pedido de inclusão dos sócios no polo passivo da execução fiscal.

Em 28 de setembro de 2010 (fls. 169/170), o Juízo aceitou a inclusão de Rafael Marques Rebouças, administrador da sociedade empresária.

O pressuposto de fato da súmula - a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça - não foi atendido.

Nunca houve citação da sociedade empresária.

Chamada a propor providências, em relação a este fato, a União apresentou duas petições ineptas.

Depois, provocada uma terceira vez, apresentou petição equivocada, sob a premissa de que o estabelecimento não foi encontrado, no local apontado nos registros oficiais.

Ocorre que não houve diligência, por oficial de justiça.

O fato era, assim, controverso.

Ainda que se faça a confusão conceitual entre a localização do estabelecimento e a dissolução irregular da sociedade empresária, o fato é que não havia prova sobre o primeiro aspecto.

Portanto, a demora na citação do sócio, considerado só o tardio pedido de inclusão feito em 26 de fevereiro de 2007 - desprezada a circunstância de que deduzido com fundamento jurídico equivocado e, fático, inexistente - não é motivo inerente ao mecanismo da justiça, mas *falta de iniciativa válida da parte*, legitimamente provocada pelo Poder Judiciário.

Em relação à sociedade empresária, até hoje *não* houve citação.

Consumou-se, portanto, a prescrição.

Por estes fundamentos, nego provimento aos embargos infringentes.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO

APELAÇÃO CÍVEL
0034710-46.2013.4.03.9999
(2013.03.99.034710-6)

Apelante: ORLANDA ANTONIA DA SILVA (= ou > de 60 anos)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE RIO CLARO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: AC 1908431
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

QUESTÃO DE ORDEM. ERRO MATERIAL. JULGAMENTO EQUIVOCADO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO TEMÁTICA NÃO OBSERVADO.

I - O art. 494, I, do novo Código de Processo Civil permite a correção de erro material até mesmo de ofício, e a qualquer momento.

II - Não há vinculação temática entre o que foi decidido pelo colegiado no acórdão de fls. 182/191 e a decisão monocrática que havia negado seguimento à apelação da autora.

III. Trata-se, portanto, de situação em que, rigorosamente falando, o agravo legal não foi apreciado em seu aspecto material, no tocante ao seu teor.

IV - Questão de ordem acolhida para anular o v. acórdão de fls. 182/190, que negou provimento ao agravo legal da parte autora.

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, ACOLHER a questão de ordem e ANULAR o acórdão de fls. 182/190, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2017.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de ação ajuizada por ORLANDA ANTONIA DA SILVA em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando a concessão de benefício de prestação continuada a pessoa idosa.

Pela decisão monocrática de fls.157/164, a Exma. Des. Federal Therezinha Cazerta negou seguimento ao apelo da parte autora.

Inconformada, a parte autora apresentou agravo legal (fls. 166/179).

O recurso foi julgado na sessão realizada aos 02/02/2015. Por votação unânime, negou-se provimento ao recurso (fls. 182/191).

Recurso Extraordinário (fls. 193/197) e Recurso Especial (fls. 198/203) da autora, que não foram admitidos (fls. 212/215).

Interpostos agravos regimentais (fls. 217/227).

Os autos retornaram da Vice-Presidência desta Corte com a seguinte decisão (fl. 228):

Vistos, etc.

Aparentemente, não há pertinência entre a fundamentação da decisão monocrática (fls. 157/164) e do voto prolatado no julgamento do agravo interposto na forma do art. 557 do CPC/73 (fls. 182/191), a revelar a ocorrência de erro material, passível de conhecimento a qualquer tempo.

Restituam-se os autos à Turma Julgadora para eventual apreciação da matéria como questão de ordem.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

O art. 494, I, do novo Código de Processo Civil permite a correção de erro material até mesmo de ofício, e a qualquer momento.

É este o caso dos autos, em que não há vinculação temática entre o que foi decidido pelo colegiado no acórdão de fls. 182/191 e a decisão monocrática que havia negado seguimento à apelação da autora (fls. 157/164).

Isto porque, por meio da referida decisão monocrática, entendeu a Exma. Des. Fed. Thezinha Cazerta que a autora não fazia jus ao benefício de prestação continuada por não preencher o requisito legal de miserabilidade, a despeito de ser pessoa idosa. Entretanto, no referido acórdão, negou-se provimento ao agravo legal da autora sob a seguinte justificativa, que não guarda pertinência com o caso dos autos:

Conforme acima consignado, a constatação, pela perícia médica, da ausência de incapacidade representa óbice à concessão do benefício, o que torna inócua a elaboração de estudo social, uma vez que o deferimento do benefício assistencial depende da reunião dos dois requisitos previstos em lei.

Trata-se, portanto, de situação em que, rigorosamente falando, o agravo legal não foi apreciado em seu aspecto material, no tocante ao seu teor.

Diante do exposto, com fundamento no princípio da vinculação temática, *anulo o v. acórdão de fls. 182/190, que negou provimento ao agravo legal da parte autora.*

Após, retornem os autos conclusos para que seja apreciado o agravo legal interposto pela autora (fls. 166/180).

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0025417-08.2015.4.03.0000

(2015.03.00.025417-5)

Agravante: NEWTON BRASIL LEITE

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 85/87

Agravante: NEWTON BRASIL LEITE

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Classe do Processo: AI 570014

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. AFERIÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA DO REQUERENTE COM BASE NOS ELEMENTOS EXISTENTES NOS AUTOS. POSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DA GRATUIDADE.

I - De acordo com o entendimento pacífico do C. Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal, a afirmação da parte, no sentido de não estar em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado - sem prejuízo próprio ou de sua família -, faz presunção relativa de insuficiência de recursos.

II - Por se tratar de presunção relativa - e não absoluta -, existindo nos autos elementos que indiquem que o requerente tem condições de suportar os custos do processo, poderá o julgador afastar a presunção de insuficiência econômica criada pela declaração de pobreza.

III - Considerando-se que os elementos existentes nos autos demonstram que o agravante exerce atividade profissional e integra sociedade de advogados, possuindo, desta forma, fonte própria de rendimentos capaz de garantir os recursos necessários para que venha a suportar as despesas do processo sem prejuízo do seu sustento, deve ser mantida a decisão impugnada.

IV - Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2017.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de agravo regimental manejado pelo advogado Newton Brasil Leite, em 12/01/2016, contra a decisão de fls. 85/87 por mim proferida, que indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita formulado nos autos do presente agravo de instrumento, por ele interposto para impugnar decisão do MM. Juiz Federal da 4ª Vara de Campinas, a fls. 808 dos autos do processo nº 0605909-51.1992.4.03.6105 (fls. 81).

Abaixo, o inteiro teor da decisão ora agravada, *in verbis*:

I - Retifique-se a autuação para que conste como advogada da “Parte Autora” Lilia Gonçalves Amaral, a Dra. Neuza Aparecida Ferreira (fls. 49). Certifique-se.

II - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Newton Brasil Leite contra a R. decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara de Campinas/SP a fls. 808 dos autos do processo nº 0605909-51.1992.4.03.6105 (fls. 81).

Requer o deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando não possuir recursos para saldar as “custas e demais despesas processuais sem se ver prejudicado em sua manutenção e da respectiva família” (fls. 2).

Relativamente à concessão dos benefícios previstos na Lei nº 1.060/50 - a permitir o acesso de todos ao Judiciário, em atenção ao contido no art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal -, entendo que a afirmação da parte, no sentido de não estar em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado - sem prejuízo próprio ou de sua família -, faz presunção relativa da insuficiência de recursos.

Nesse sentido, cito jurisprudência do C. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SÚMULA 07/STJ.

1. O entendimento do STJ é no sentido de que a declaração de pobreza, com o intuito de obter os benefícios da justiça gratuita, goza de presunção relativa admitindo prova em contrário.

2. Se o tribunal de origem, com base na análise do acervo fático-probatório dos autos, entendeu que o autor poderia arcar com as custas processuais, infirmar tal entendimento ensejaria o reexame de provas, procedimento defeso, em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 07/STJ.

3. Recurso especial não conhecido.”

(REsp nº 2010.00.56127-3, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 6/5/10, v.u., DJ-e 17/5/10, grifos meus)

Logo, por se tratar de presunção relativa - e não absoluta -, existindo nos autos elementos que indiquem que o requerente da gratuidade tem condições de suportar os custos do processo, poderá o julgador afastar a presunção de insuficiência econômica criada pela declaração de pobreza. Neste sentido, reproduzo os seguintes precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. (...)

1. A presunção de pobreza, para fins de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ostenta caráter relativo, podendo o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente. (...)

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp nº 1.000.055, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, v.u., j. 14/10/14, DJe 29/10/14, grifos meus)

“Disciplinando a matéria, a Lei 1.060/50, recepcionada pela nova ordem constitucional, em seu art. 1º, *caput* e § 1º, prevê que o referido benefício pode ser pleiteado a qualquer tempo,

sendo suficiente para sua obtenção que a pessoa física afirme não ter condição de arcar com as despesas do Processo (...)

O dispositivo legal em apreço traz a presunção *juris tantum* de que a pessoa física que pleiteia o benefício não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem nenhuma comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Contudo, tal presunção é relativa, podendo a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência da requerente. Com efeito, a jurisprudência firmada no âmbito desta eg. Corte de Justiça delinea que o benefício da assistência judiciária pode ser indeferido quando o magistrado se convencer, com base nos elementos acostados aos autos, de que não se trata de hipótese de miserabilidade jurídica.”

(AgRg no AREsp nº 486.303, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, v.u., j. 08/04/14, DJe 13/05/14, grifos meus)

In casu, o agravante exerce a profissão de advogado, pertencendo a sociedade de advogados responsável pela condução de diversos processos em curso e com localização privilegiada (endereço indicado a fls. 6). Diante deste contexto, inviável o deferimento do pedido de gratuidade. Sobre o tema, destaco precedente deste E. Tribunal:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE ATUAL COMPROVAÇÃO HIPOSSUFICIÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO *IN CASU*. RECURSO IMPROVIDO.

1. Dispõe o artigo 4º da Lei 1.060/50 que ‘a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou da família’.
2. No caso dos autos o pedido de gratuidade foi negado com a necessária fundamentação na medida em que a declaração de imposto de renda de mais de três anos atrás não se presta para comprovar a atual situação econômico-financeira do agravante.
3. À míngua da evidência do estado de necessidade econômica do autor, que exerce a profissão de advogado, não há espaço para o benefício.
4. As decisões carreadas posteriormente aos autos não possuem o condão de modificar o entendimento esposado no presente feito, o qual considerou a singularidade do caso, conforme acima exposto.
5. Recurso improvido.”

(AI nº 0002596-44.2014.4.03.0000, Sexta Turma, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, v.u., j. 03/07/14, DJe 15/07/14, grifos meus)

Isto posto, indefiro o pedido de assistência judiciária gratuita. Intime-se o agravante para que, no prazo de 5 (cinco) dias, cumpra o art. 525, § 1º, do CPC, sob pena de não conhecimento do recurso.

Aduz que, por ser advogado, houve presunção de que o mesmo não é hipossuficiente, condição que teria sido comprovada por documentos juntados aos autos. Alega que, apesar de ser mandatário, “milita pelo que se conhece como *quota litis*” (fls. 89), apenas recebendo honorários ao fim da causa. Sustenta que sua miserabilidade foi comprovada por meio das declarações de imposto de renda juntadas aos autos e que também ostenta a condição de idoso. Assevera que, por não dispor de meios para pagar as despesas, “ficará impedido de exercer seu direito à jurisdição” (fls. 91).

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Cuida-se de recurso interposto contra decisão que indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita ao advogado agravante, assinalando-lhe o prazo de cinco dias para que desse cumprimento ao art. 525, § 1º, do CPC/73, vigente à época, sob pena de não conhecimento do recurso.

Razão não lhe assiste.

Como tratado no *decisum* impugnado, os elementos existentes nos autos demonstram que o recorrente exerce atividade profissional e integra sociedade de advogados, possuindo, desta forma, fonte própria de rendimentos capaz de garantir os recursos necessários para que venha a suportar os custos do processo sem prejuízo ao seu sustento. Logo, incabível a alegação de que houve julgamento “por presunção”.

Observe, outrossim, que a apresentação de declaração de imposto de renda não constitui prova cabal de hipossuficiência, tratando-se de documento que deve ser analisado em conjunto com outros elementos presentes nos autos, com o objetivo de verificar se há ou não o direito à gratuidade.

Ademais, a solução adotada na decisão impugnada encontra-se em conformidade com a orientação fixada pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual pode o magistrado indeferir o requerimento de gratuidade se existirem nos autos elementos que demonstrem ter o postulante meios de arcar com as despesas do processo:

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SITUAÇÃO ECONÔMICA VERIFICADA NA ORIGEM. REVISÃO. EXAME DE MATÉRIA DE FATO. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ.

1. O Tribunal a quo, procedendo com amparo nos elementos de convicção dos autos, decidiu que o recorrente possui meios de prover as custas do processo.

2. Aferir a condição de hipossuficiência do recorrente para fins de aplicação da Lei Federal 1.060/50 demanda o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a este Tribunal, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

3. A Corte Especial já pacificou jurisprudência no sentido de que o julgador pode indeferir o benefício da assistência judiciária gratuita, diante das evidências constantes no processo. Incidência da Súmula 83/STJ.

4. Demais disso, a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que a simples declaração de pobreza, firmada pelo requerente do pedido de assistência judiciária gratuita, é relativa, devendo ser comprovada pela parte a real necessidade de concessão do benefício.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp nº 769.514/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, v.u., j. 15/12/15, DJe 02/02/16, grifos meus)

Processual civil. Assistência judiciária. Cirurgião-dentista.

I. - A profissão de quem requer o benefício da assistência judiciária pode ser um indício de que possui ele condições de pagar as custas do processo sem prejuízo próprio ou de sua família. A presunção, contudo, pode ser ilidida pela demonstração de insuficiência. Inocorrência, *in casu*.

II. - Recurso especial não conhecido.

(REsp nº 36.730/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, v.u., j. 20/11/03, DJ 15/12/03, grifos meus)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo, ficando mantida a determinação para que seja cumprido o disposto no art. 525, § 1º, CPC/73, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do agravo de instrumento.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0005211-36.2016.4.03.0000

(2016.03.00.005211-0)

Suscitante: CAMBRAS - CÂMARA DE ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO BRASILEIRA LTDA.

Suscitados: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP E JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Parte Autora: CAMBRAS - CÂMARA DE ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO BRASILEIRA LTDA.

Partes Rés: UNIÃO FEDERAL E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Classe do Processo: CC 20448

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/03/2017

DECISÃO

Conflito negativo de competência suscitado pela parte autora nos autos de demanda proposta sob o procedimento ordinário contra a União Federal e Caixa Econômica Federal, objetivando sejam determinados às rés o reconhecimento e cumprimento das sentenças prolatadas por seus árbitros e, conseqüentemente, providenciada “a liberação do Fundo de Garantia por tempo de Serviço e do Seguro-Desemprego, em caso de demissão sem justa causa” (fls. 15 e 41).

O declínio da competência pelo Juízo Federal da 1ª Vara Cível de São Paulo deu-se nestes termos (fl. 71):

A matéria discutida tem natureza previdenciária, uma vez que a função das rés no presente caso é a liberação e coordenação do benefício do seguro desemprego. Declaro, portanto, a incompetência deste Juízo Cível para processar e julgar o presente feito, já que cabe o Juízo Especializado Previdenciário a competência absoluta, em razão da matéria, para o processamento e julgamento da matéria relativa a benefícios daquela natureza, conforme entendimento já sedimentado pelo E. Tribunal Federal da 3ª Região (AI 2011.03.00.007623-1, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, DJF3, 08/06/2011).

Int.

São Paulo 19 de outubro de 2015.

Redirecionada a demanda ao juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária desta capital, sobreveio o *decisum* abaixo transcrito (fl. 76):

Vistos, em inspeção.

Ciência à parte autora acerca da redistribuição do presente feito a esta 7ª Vara Federal Previdenciária.

Considerando que esta Vara Especializada não detém competência para julgamento da matéria referente ao reconhecimento da sentença arbitral para fins de movimentação de conta vinculada junto ao FGTS (TRF5, APELREEX 200781000086401, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, DJE: 17/05/2012) promova a parte autora a emenda da inicial, retificando o polo passivo, bem como o pedido formulado, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito.

Após, tornem os autos conclusos para deliberações.

Intime-se.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2016.

bis: Distribuído perante a 2ª Seção o presente conflito, proferiu-se despacho à fl. 81, *in ver-*

Nos termos em que dispõe o art. 955 do Código de Processo Civil, designo o Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária para resolver, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes.

Oficie-se aos Juízos em conflito para que prestem informações no prazo de dez dias, conforme disposto no art. 954 do Código de Processo Civil.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal, nos termos do art. 956 do referido diploma legal e art. 60, X, do Regimento Interno deste Tribunal.

São Paulo, 30 de março de 2016.

MÔNICA NOBRE

Desembargadora Federal

Informações prestadas apenas pelo Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo, ratificando seu posicionamento (fls. 84/85).

Não se manifestou, o Juízo Federal da 1ª Vara Cível de São Paulo (fl. 88).

Parecer da Procuradoria-Regional da República (fls. 89/91) no sentido de que o processo de onde originado o dissídio “não debate direitos de incapazes, individuais indisponíveis ou interesses difusos e coletivos. Não há nulidades absolutas a serem sanadas. A questão controvertida não impõe posicionamento do Ministério Público” (fl. 91).

Decisão da Desembargadora Federal Mônica Nobre, de seguinte conteúdo (fls. 93/95):

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado por CAMBRÁS - Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação Brasileira Ltda. em face do Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo, nos autos do processo nº 2016.03.00.005211-0.

Pretende a ora suscitante, em ação proposta em face da Caixa Econômica Federal e da União Federal, o cumprimento de sentença arbitral para o fim de liberação de FGTS e ingresso de pedido de Seguro-Desemprego em homologação de rescisão de contrato de trabalho com demissão sem justa causa.

O Órgão Especial desta E. Corte, nos autos do Conflito de Competência nº 2011.03.005290-1, proferiu decisão no sentido de que compete às Turmas da Seção Previdenciária o julgamento de questões que envolvam a validade de sentença arbitral visando ao ingresso de pedido de Seguro-Desemprego.

Transcrevo, por oportuno, a ementa do referido julgado:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. JUÍZO ARBITRAL. RESCISÃO TRABALHISTA. COORDENADOR GERAL DO SEGURO DESEMPREGO, ABONO SALARIAL E IDENTIFICAÇÃO PROFISSIONAL DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. DISCUSSÃO DA VALIDADE DE DECISÃO ARBITRAL PARA PERMITIR INGRESSO DE PEDIDO DE SEGURO-DESEMPREGO. JUÍZO CÍVEL OU PREVIDENCIÁRIO. ESPECIALIDADE DA MATÉRIA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. Caso em que se discute qual o Juízo competente, Cível ou Previdenciário, para processar e julgar mandado de segurança, impetrado por advogada, invocando condição de árbitra na forma da Lei 9.307/1996, para compelir o Coordenador Geral do Seguro Desemprego, do Abono Salarial e Identificação Profissional do Ministério do Trabalho e Emprego a cumprir decisões arbitrais, relativamente a contratos de trabalho rescindidos sem justa causa, para fins de processamento de pedidos de seguro-desemprego feitos por tais empregados.

2. O conflito negativo decorreu do entendimento do suscitado de que se trataria de discussão de matéria previdenciária, referente a seguro-desemprego, de competência do Juízo Previden-

ciário, sendo que o suscitante, em sentido contrário, defendeu que o mandado de segurança não postula pagamento de seguro-desemprego, mas apenas cumprimento de sentença arbitral em rescisões trabalhistas, o que seria de competência do Juízo Cível.

3. O conflito envolve especificidades, que devem ser consideradas para a definição da competência. Assim, primeiramente em função da qualidade da autoridade impetrada, que foi assim designada no mandado de segurança, por sua condição funcional específica de coordenador do seguro-desemprego, benefício previdenciário nos termos da lei e jurisprudência; e, ainda, considerando a natureza da discussão jurídica versada, que se refere à validade de decisão arbitral, não em toda e qualquer situação, mas, em particular, para fins de benefício de natureza previdenciária; o que se aponta, pela inteligência das regras definidores de competência em mandado de segurança e pela orientação dos precedentes desta própria Corte, é que cabe ao Juízo Previdenciário processar e julgar a impetração, dada a especialidade de que se reveste a causa deduzida.

4. Com efeito, no âmbito desta Corte, a discussão, envolvendo a validade de sentença arbitral para fins de seguro-desemprego, tem sido apreciada pelas Turmas da Seção Previdenciária, conforme revelam diversos julgados, entre os quais: AI 2011.03.00.007623-1, Rel. Des. Fed. WALTER DO AMARAL, DJF3 15/06/2011; AMS 2010.61.00.005427-1, Rel. Des. Fed. SÉRGIO NASCIMENTO, DJF3 08/06/2011; e AI 2010.03.00.008426-0, Rel. Des. Fed. DIVA MALLERBI, DJ3 12/08/2010.

5. Conflito negativo de competência julgado improcedente”.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 12749 - 0005290-88.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 13/07/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/07/2011 PÁGINA: 51)

Ante o exposto, tendo em vista a especialidade da matéria, determino a redistribuição do feito a uma das Turmas da 3ª Seção desta E. Corte.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

Redistribuído o conflito de competência no âmbito da 3ª Seção do Tribunal, sucedeu-se a prolação do *decisum* ora reproduzido (fl. 96):

Trata-se de conflito de competência suscitado em ação conhecimento proposta em face da Caixa Econômica Federal e União Federal (Ministério do Trabalho e Emprego), em que se pleiteia a determinação para que as rés reconheçam a validade de sentença arbitral para fins de liberação do FGTS e do seguro-desemprego.

A matéria está afeta a mais de uma Seção especializada, razão por que a controvérsia deve ser dirimida pelo Órgão Especial, a teor do que dispõe o Art. 11, II, parágrafo único, alínea i, do Regimento Interno desta Corte.

Ante o exposto, redistribuam-se os autos ao E. Órgão Especial.

São Paulo, 05 de outubro de 2016.

BAPTISTA PEREIRA

Desembargador Federal

Resdistribuição automática a esta relatoria em 10.10.2016 (fl. 97, verso).

Segue decisão.

A hipótese dos autos não admite discussão sobre a matéria competencial nos moldes em que provocado o conflito, à vista da constatação de carecer o feito subjacente de pronunciamento expresso do juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo, a que determinada a remessa dos autos pelo juízo da 1ª Vara Federal Cível também desta capital, capaz de autorizar a instauração do dissídio.

Consoante o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 3ª edição, Malheiros, p. 446), “em qualquer hipótese, o conflito de competência só se considera existente a partir de quando dois ou mais juízes hajam lançado nos autos determinações assim divergentes - inexistindo enquanto nenhuma explícita divergência tiver ocorrido. A mera potencialidade de um conflito entre juízes não é tratada pelo direito positivo como conflito de competência”.

Na mesma esteira, Nelson Nery Júnior (*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 11ª edição, Saraiva, p. 393): “se o juízo para quem foi endereçada a causa se der por incompetente e remetê-la para o que julgar ser o competente, não existirá, ainda, o conflito se este também se der por incompetente e remeter os autos a um terceiro juízo. O conflito negativo só se caracteriza quando um deles se der por incompetente e afirmar a competência de um dos juízos que já se declarara incompetente”.

Por fim, recobrando a anotação na obra de Theotonio Negrão, “até que todos os órgãos jurisdicionais cogitados como competentes se manifestem conclusivamente a respeito, não há cogitar de conflito negativo de competência” (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. Saraiva, 44ª edição, p. 248).

Do que interessa reforçar, em especial no tocante ao reconhecimento da inconsistência deste conflito, a declinação da competência perante o juízo federal cível, a quem endereçada inicialmente a demanda subjacente, operou-se em razão da existência de pretensão de “liberação e coordenação do benefício do seguro desemprego” naquela petição inicial, reconhecendo-se, em consequência, “a competência absoluta, em razão da matéria”, do juízo federal previdenciário para processamento e julgamento de pedido de seguro-desemprego (fl. 71).

Importante considerar que o Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária, a quem foi redistribuída a ação, não se insurgiu quanto à natureza do benefício de seguro-desemprego, por acolher sua natureza previdenciária.

Entretanto, considerando que aquela Vara Especializada não detinha “competência para julgamento da matéria referente ao reconhecimento da sentença arbitral para fins de movimentação de conta vinculada junto ao FGTS”, determinou que a parte autora promovesse “a emenda da inicial, retificando o polo passivo, bem como o pedido formulado, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito”.

Assim, o aludido redirecionamento da causa, bem como a determinação para emenda à inicial, não implica admitir sequer a ocorrência de manifestações divergentes entre os juízos em questão, não a ponto de restar caracterizado conflito negativo a ser resolvido no âmbito desta Corte.

Isso porque insuficiente à sua configuração, diversamente do que quer fazer crer a ora insurgente, o simples fato de existirem dois juízos federais na mesma Subseção Judiciária da Capital - um que se declarou incompetente em razão da existência de pretensão previdenciária entre os objetos da demanda (fl. 71); e outro que determinou a emenda da inicial, a fim de excluir a pretensão de natureza não previdenciária da inicial (FGTS), sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito (fl. 76) -, exigindo-se a tanto, parafraseando os ensinamentos doutrinários citados, que determinado juízo se dê por incompetente ao tempo em que afirma a competência do outro juízo que já declarara igualmente não detê-la. Essa circunstância aqui não está configurada, porque o Juízo Federal previdenciário não refutou a competência quanto ao pedido relacionado ao seguro-desemprego.

Consoante admitido na própria exordial do presente conflito - “Cabe aqui ao requerente

esclarecer que anteriormente requereu a homologação da desistência em face do processo nº 0006658-29.2015.403.6100, haja vista o mesmo Julgador declinar da incompetência, redistribuindo o feito para a 7ª Vara Previdenciária desta Subseção” (fl. 03) -, a parte autora insiste expressamente em demandar contra ambos os requeridos a fim de alcançar ao mesmo tempo “que a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e UNIÃO FEDERAL (Ministério do Trabalho e Emprego) reconheçam e cumpram as sentenças prolatadas pelos árbitros da CAMBRAS - CÂMARA DE ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO BRASILEIRA LTDA, providenciando a liberação do Fundo de Garantia por tempo de Serviço e do Seguro-Desemprego, em caso de demissão sem julga causa” (fls. 14/15), em que pese o deslinde conferido à demanda anterior.

Confira-se, a propósito, o desfecho dado ao feito registrado sob nº 0006658-29.2015.4.03.6100:

Vistos, em sentença.

I - RELATÓRIO Trata-se de demanda ajuizada por CAMBRAS - CÂMARA DE ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO BRASILEIRA LTDA., em face de CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e UNIÃO FEDERAL na qual postula a requerente sejam as requeridas obrigadas a reconhecer e dar cumprimento às sentenças prolatadas pelos seus árbitros, liberando o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e do Seguro Desemprego. Com a inicial, juntou documentos (fls. 23/46).

O processo foi distribuído à 1ª Vara Federal, que determinou sua redistribuição ao Juízo Especializado Previdenciário (fl. 50). Recebidos os autos nesta 7ª Vara Previdenciária, foi a parte autora intimada a emendar a petição inicial, para retificar o polo passivo e o pedido formulado (fls. 53).

Consoante petição anexada às fls. 54/55, a parte autora formulou requerimento de desistência, providenciando procuração com poderes específicos para tanto (fls. 57/58).

Vieram os autos à conclusão.

É a síntese do processado.

Passo a decidir.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Tendo em vista que a requerente demonstrou seu desinteresse no prosseguimento do feito, impõe-se a homologação do pedido e a extinção da ação sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VIII do Código de Processo Civil.

III - DISPOSITIVO

Com essas considerações, HOMOLOGO o pedido de desistência formulado à fl. 54/55, e DECLARO EXTINTO o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, inciso VIII, Código de Processo Civil. Custas processuais pela autora. Sem condenação em honorários advocatícios de sucumbência pois não houve citação. Oportunamente, arquivem-se os autos observadas as formalidades legais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Nesse ínterim, como poderia o Tribunal definir como competente um dos juízos sob sua jurisdição, mesmo que eventualmente atreladas as questões na mesma demanda pela autora, como ocorre no caso destes autos (juntamente com o pedido de liberação do seguro-desemprego, de natureza previdenciária, pleiteia-se também a liberação do fundo de garantia por tempo de serviço, de natureza não previdenciária), ante a prevalência do comando expressamente disposto no Código de Processo Civil (“Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que: (...) II - *seja competente para conhecer deles o mesmo juízo*”), a resultar que a competência do Juízo Federal previdenciário não alcançaria o

pedido relativo à liberação do FGTS, bem como o Juízo Federal comum também não possuiria competência para processar e julgar a pretensão de seguro-desemprego, de um ou de outro modo tornando inócua a discussão aqui delineada?

Assim, a cumulação de demandas só seria permitida, nos termos do artigo 327 do Código de Processo Civil, desde que houvesse compatibilidade entre os pedidos, que o mesmo juízo fosse competente para deles conhecer e que o procedimento a ser adotado fosse comum a todos os pedidos, situação que não ocorreu, em razão da ausência de competência dos juízos federais envolvidos em relação à natureza jurídica de um dos pleitos formulados.

Mesmo considerando os argumentos lançados pela ora suscitante, carece ela de qualquer razão que pudesse levar à procedência da insurgência apresentada, encerrando-se o inconformismo no reconhecimento da impossibilidade de cumulação das demandas no feito subjacente e, conseqüentemente, no não conhecimento do conflito de competência, em face da ausência de negativa de competência do Juízo Federal previdenciário.

Fosse o caso de discutir eventual desacerto na decisão proferida pelo juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária, cumpriria à parte interessada, inclusive para fins de preservação de possível direito em vias de periclitamento, ter lançado mão do recurso devido em busca da reversão do encaminhamento adotado, não se apresentando a suscitação do conflito de competência como remédio adequado para a situação em tela, ao menos do que se tem para o momento e na forma conforme proposto.

Na linha do exposto, *in verbis*:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PELA PARTE - DECLINAÇÃO SUA COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL PARA A JUSTIÇA FEDERAL - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO FEDERAL - HIPÓTESE NÃO ABARCADA PELO ARTIGO 115 DO CPC - INEXISTÊNCIA DE CONFLITO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEVERIA SER ATACADA VIA AGRAVO PERANTE O TRIBUNAL DE 2º GRAU - NÃO-CONHECIMENTO.

I. O conflito de competência, positivo ou negativo, depende da manifestação de dois ou mais juízos, declarando-se competentes ou incompetentes para funcionarem no feito. Inteligência do artigo 115 do CPC.

II. Decisões interlocutórias proferidas pelo Juízo de 1º Grau devem ser atacadas via agravo perante o Tribunal competente.

III. Não conheceram do conflito.

(STJ, 3ª Seção, Conflito de Competência 89.465/MG, rel. Desembargadora Federal Convocada Jane Silva, DJ de 18.10.2007)

Assim, na forma da fundamentação *supra*, não conheço do presente conflito.

Comuniquem-se os juízos federais envolvidos.

Intimem-se a parte suscitante e demais protagonistas na demanda originária.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2017.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0006443-83.2016.4.03.0000

(2016.03.00.006443-3)

Agravante: R E R CONFECÇÕES EIRELI-EPP
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OURINHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AI 579493
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/10/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRODUÇÃO DE PROVA. PERÍCIA CONTÁBIL. DESNECESSIDADE.

I - O indeferimento de realização de prova pericial, não configura, por si só, cerceamento do direito de defesa, nem tampouco violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mormente havendo nos autos acervo documental, suficiente para o julgamento da demanda.

II- A necessidade da produção de provas se justifica sempre que exista um fato que escape do conhecimento do julgador e cuja aferição dependa de conhecimento especial, seja testemunhal, técnico ou científico. Assim, cabe ao juiz, a quem compete a direção do processo, decidir sobre a conveniência ou não da mesma, eis que é o destinatário da prova.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de outubro de 2016.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por R & R CONFECÇÕES EIRELI-EPP, contra decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 1ª Vara de Ourinhos/SP, nos autos nº 0001226-51.2015.403.6125, que indeferiu o pedido de prova pericial contábil (fls. 102).

Sustenta o agravante, em síntese, a nulidade da decisão, ante ao cerceamento de defesa, pela necessidade de produção de prova pericial nos autos.

Às fls. 109/110 foi indeferido o pedido de efeito suspensivo ao recurso.

Com contraminuta (fls. 113/116).

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

De início, ressalta-se que o indeferimento de realização de prova pericial, não configura, por si só, cerceamento do direito de defesa, nem tampouco violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mormente havendo nos autos acervo documental, suficiente para o julgamento da demanda.

A questão do deferimento de uma determinada prova depende de avaliação do magistrado do quadro probatório existente, da necessidade dessa prova, prevendo o art. 130 do Código de Processo Civil de 1973 a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias.

Por seu turno, justifica-se a necessidade da produção de provas sempre que exista um fato que escape do conhecimento do julgador e cuja aferição dependa de conhecimento especial, seja testemunhal, técnico ou científico.

Assim, cabe ao juiz, a quem compete a direção do processo, decidir sobre a conveniência ou não da mesma, eis que é o destinatário da prova.

No caso em tela, há que se considerar que a prova pericial requerida não se demonstra necessária para o deslinde da causa.

Ademais, a valoração que se dará às provas a serem produzidas, depende do livre convencimento motivado, não estando este Juízo adstrito ao laudo pericial a ser produzido (art. 436, do CPC/73).

Nesse sentido, precedentes desta E. Corte:

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA - HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC - AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL CAPAZ DE INFLUIR NA DECISÃO PROFERIDA - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PROVA PERICIAL - INDEFERIMENTO.

1. Nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior, o Relator está autorizado a, por meio de decisão singular, enfrentar o mérito recursal e dar provimento ou negar seguimento aos recursos que lhe são distribuídos (artigo 557 do CPC).

2. Decisão monocrática consistente no provimento parcial ao agravo de instrumento interposto contra decisão que, em embargos à execução fiscal, indeferiu o pedido de produção de prova pericial.

3. O art. 125, II, do CPC atribui ao Juiz a responsabilidade de “velar pela rápida solução do litígio” e o art. 130, em consonância com isso, atribui-lhe a competência para “determinar as provas necessárias para a instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

4. No presente caso, o Juízo *a quo*, no uso de seu poder-dever de condução do processo e considerando a presunção de certeza e liquidez da CDA, entendeu por bem indeferir o pedido de produção de prova pericial, ao fundamento de que a questão envolvendo o lançamento tributário depende apenas de aplicação das normas tributárias, não tendo a agravante demonstrado a presença dos requisitos legais aptos à suspensão da decisão recorrida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0027453-57.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 14/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/05/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRODUÇÃO DE PROVO. PERÍCIA CONTÁBIL. DESNECESSIDADE.

1. O magistrado considerou que instada a se manifestar sobre a realização de novas provas, a embargante solicitou a produção de prova testemunhal e pericial, alegando que deve ser analisada a complexidade dos cálculos e dos valores, como a matéria administrativa que rege a matéria relacionada, mas, contudo, deixou de apontar, objetivamente, quais seriam os supostos vícios que implicariam em excesso de execução, ônus que lhe incumbia.
2. Não restou demonstrada a necessidade da produção da perícia contábil; além disso, a agravante sequer colacionou a estes autos a cópia de referido acórdão, bem como os cálculos de atualização efetuados, razão pela qual deve ser mantida a r. decisão agravada.
3. O Código de Processo Civil consagra o Juiz como condutor do processo, cabendo a ele analisar a necessidade da dilação probatória requerida, conforme os arts. 125, 130 e 131. Desta forma, o magistrado, considerando a matéria deduzida, pode indeferir a realização da prova, não caracterizando cerceamento de defesa nem ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.
4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
5. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0013498-56.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 12/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/02/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL.

1. O artigo 125 do Código de Processo Civil estabelece que ao juiz compete a suprema condução do processo. Dessa forma, em análise às questões trazidas aos autos e considerando o quadro probatório existente, poderá o magistrado, a fim de formar a sua convicção, entender pela necessidade ou não da realização de prova pericial contábil (arts. 130 e 131, CPC).
2. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
3. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0004703-61.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 22/05/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 30/05/2014)

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0019607-18.2016.4.03.0000

(2016.03.00.019607-6)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravado: FERNANDO HENRIQUE DOS SANTOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Classe do Processo: AI 590298

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/04/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (*ASTREINTES*). POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de *astreintes* como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer. Precedentes.
2. Ante a informação de que a União Federal foi intimada em 04.05.2016 para fornecer o medicamento e até o dia 26.08.2016 ainda não tinha cumprido a ordem judicial, o MM. Juízo *a quo* fixou o valor da multa diária de R\$ 1.000,00.
3. Cabível a aplicação da multa de R\$ 1.000,00, a fim de assegurar o cumprimento da obrigação dentro do prazo estipulado, face à predominância do valor jurídico “saúde” e “vida”, a tornar urgente e imperiosa a satisfação imediata da necessidade do tratamento essencial ao agravado.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de abril de 2017.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIAO FEDERAL contra decisão que, em ação ordinária, considerando que a ré foi intimada em 04/05/2016 para fornecer o medicamento Firazyr ao autor e que até o presente momento não cumpriu a ordem, determinou a intimação da União para cumprir imediatamente a determinação proferida no agravo de

instrumento nº 0003691-41.2016.4.03.0000, sob pena de multa diária fixada em R\$ 1.000,00 (um mil reais), com fluência limitada a 30 dias, a ser revertida em favor da parte autora.

Sustenta o agravante, em síntese, que o MM. Juízo *a quo* fixou multa diária em face do descumprimento da r. decisão de antecipação de tutela proferida pelo TRF em sede de agravo de instrumento. Aduz que se trata de tutela antecipada em face de medicamento de alto custo que não consta da lista do RENAME, havendo alternativa fornecida gratuitamente a toda população pelo SUS, e ainda não houve perícia médica nos autos de origem. Afirma ser desarrazoada e desproporcional a multa, podendo causar prejuízos dos recursos públicos e enriquecimento da outra parte. Alega ser razoável a fixação de multa diária em valor não superior a R\$ 100,00 por dia de atraso. Informa que o SUS possui cobertura para o tratamento do autor, através do medicamento DANAZOL, o que afasta qualquer prejuízo a sua vida ou saúde, e ao mesmo tempo prestigia a estrutura do Sistema. Conclui pela necessidade de prévia prova pericial.

Requer a concessão de efeito suspensivo, para que seja cassada a r. decisão agravada para seja denegada ou quanto muito reduzida a multa cominatória para o valor não superior a R\$ 100,00 por dia de atraso, ou ainda, que sejam suspensos os efeitos da decisão agravada até que ocorra produção de prova pericial.

Às fls. 109/112 foi indeferido o efeito suspensivo.

Contraminuta às fls. 114/141.

Às fls. 143/153 a União Federal interpôs agravo interno.

Contraminuta ao recurso de agravo interno às fls. 155/164.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Não merece acolhimento a insurgência da agravante.

No presente caso, verifica-se que nos autos do agravo de instrumento nº 0003691-41.2016.4.03.0000/SP foi deferida em antecipação de tutela a pretensão recursal, determinando o imediato fornecimento, de forma contínua, e por tempo indeterminado e integralmente gratuito, do medicamento Icatibanto (Firazyr), conforme prescrição da médica que acompanha o autor.

Ante a informação de que a União Federal foi intimada em 04.05.2016 para fornecer o medicamento e até o dia 26.08.2016 ainda não tinha cumprido a ordem judicial, o MM. Juízo *a quo* fixou o valor da multa diária de R\$ 1.000,00.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de *astreintes* como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não existe óbice ao julgamento do presente feito, pois o RESP 1.101.725/RS, então submetido ao regime representativo da controvérsia, foi desafetado em 03.06.2014.
2. É permitido ao Juízo da execução aplicar multa cominatória ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer, ainda que se trate da Fazenda Pública.
3. Agravo Regimental do Estado do Rio Grande do Sul desprovido.
(AgRg no REsp 904.638/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 12/09/2014)

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. EXECUÇÃO. FIXAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA EMISSÃO DE TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA - TDAS. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA. CABIMENTO.

Nos termos da jurisprudência do STJ, é cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de *astreintes* como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 564.753/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014)

PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER IMPOSTA À FAZENDA NACIONAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DOS ELEMENTOS QUE LEVARAM A INSTÂNCIA DE ORIGEM A ESTABELECEER O PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA ORDEM. SÚMULA 7/STJ. IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA À FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

(...)

3. O entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do STJ, de que é permitida a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que se trate da Fazenda Pública.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 302.594/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 25/09/2014)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É permitido ao Juízo da execução aplicar multa cominatória ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer, ainda que se trate da Fazenda Pública.

2. Agravo Regimental do Estado do Rio Grande do Sul desprovido.

(AgRg no Ag 995.721/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA Nº 83 DO STJ.

1. É adequada a previsão de incidência de multa cominatória diária para eventual descumprimento de decisão judicial, ainda que seja contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no REsp 1129903/GO, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 24/11/2010; AgRg no Ag 1247323/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01/07/2010; AgRg no REsp 1064704/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 17/11/2008).

2. O valor estabelecido pela instância ordinária para multa (*astreintes*) pode ser revisto nesta esfera, tão somente nas hipóteses em que a condenação revelar-se irrisória ou exorbitante,

distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso, uma vez que a multa diária imposta no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) não se mostra exorbitante.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 290.270/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 29/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. DEMANDA INDENIZATÓRIA CONTRA O PODER PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É permitido ao Juízo da execução aplicar multa cominatória ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer, ainda que se trate da Fazenda Pública.

2. Agravo Regimental do INCRA desprovido.

(AgRg no REsp 1267251/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 20/05/2014)

A cominação de *astreintes* deve ser compatível com a obrigação de fazer imposta à autarquia, já que tem como objetivo de compeli-la ao efetivo cumprimento do encargo, não podendo, contudo, servir ao enriquecimento sem causa.

Em suma, o magistrado deve ajustar o valor e a periodicidade da multa consoante as circunstâncias concretas, com vista à obtenção do resultado específico da obrigação reclamada, mas sempre atento à razoabilidade, a fim de não fixar prazo exíguo para cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer.

Assim, cabível a aplicação da multa de R\$ 1.000,00, a fim de assegurar o cumprimento da obrigação dentro do prazo estipulado, face à predominância do valor jurídico “saúde” e “vida”, a tornar urgente e imperiosa a satisfação imediata da necessidade do tratamento essencial ao agravado.

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO (NAGLAZYME/GALSULFASE - 5MG). DOENÇA INCAPACITANTE (MUCOPOLISSACARIDOSE VI). MENOR DESPROVIDO DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO ÂMBITO DO STJ. ESSENCIALIDADE DO MEDICAMENTO PLEITEADO. DIREITO À SAÚDE INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEVER DO ESTADO. DEFENSORIA PÚBLICA FEDERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INCABÍVEIS.

1. Há de se focar os presentes recursos sob o ângulo da necessidade de prover o apelado com medicamento imprescindível à preservação de sua vida, cujo direito está assegurado, como inalienável, logo no *caput*, do art. 5º da Constituição. Portanto, como direito a ser primeiramente garantido pelo Estado brasileiro, isto é, pela República Federativa do Brasil, tal como se define o estatuto político-jurídico desta Nação.

2. Sendo o Estado brasileiro o titular da obrigação de promover os meios assecuratórios da vida e da saúde de seus súditos, e constituindo-se este pelo conjunto das pessoas políticas, quais sejam, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, emerge o entendimento de que todas essas pessoas de direito público interno são responsáveis, nos termos da Constituição, pela vida e pela saúde dos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, mormente no que tange ao seu financiamento, tendo todas legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de ação que visa à garantia do acesso a medicamentos para pessoas que não possuem recursos financeiros.

3. Restando comprovadas a insuficiência de recursos do requerente, bem como a essencialidade do medicamento pleiteado, a recusa no fornecimento do medicamento pretendido pelo apelado implica desrespeito às normas que lhe garantem o direito à saúde e, acima de tudo, à vida, razão pela qual se mostra como intolerável omissão, mormente em um Estado Democrático de Direito.

4. Viável a imposição de multa diária à Administração Pública, que somente deverá ser aplicada na hipótese em que restar comprovado o retardamento injustificado no cumprimento da decisão judicial, não se mostrando excessivo o valor fixado no importe de R\$ 1.000,00, eis que amparado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

5. Incabível a condenação da União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, à luz do disposto na Súmula nº 421 do STJ, segundo a qual os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

6. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2173156 - 0008963-73.2007.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 15/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/01/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO LEGITIMIDADE DA UNIÃO NO PÓLO PASSIVO. ART. 197 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- O artigo 557, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, autorizando o relator, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

- Quanto à argumentação de ilegitimidade passiva, entendo ser a União Federal parte legítima nesta contenda, em face de sua obrigação constitucional de resguardar e promover a saúde à população, solidariamente com os Estados-membros, Distrito Federal e os Municípios, transferindo a gestão da saúde aos três níveis de governo, para se dar por meio de seus órgãos que são, respectivamente, Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais de Saúde e Secretarias Municipais de Saúde, todos constituindo o Sistema Único de Saúde (SUS), ainda que cada esfera política compartilhe atribuições diversas.

Cabe observar a existência de expressa disposição constitucional sobre o dever de participação da União no financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198, parágrafo único, da Constituição Federal. A esse respeito decidiu o C. STJ:

“O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros”

- Cabe destacar que o provimento judicial, no sentido de que sejam fornecidos medicamentos aos cidadãos não caracteriza indevida interferência nas atribuições típicas do Executivo, pois, conforme se infere da questão trazida na exordial, patente a lesão ou ameaça do direito da parte agravada e, para esses casos, muito bem se amolda a previsão contida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República em vigor, o qual reza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

- O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida da paciente, deverá ser ele

fornecido.

- A saúde é direito constitucionalmente assegurado, encontrando-se disciplinado nos artigos 196, 197, 198 da Constituição Federal.

- Cabe ao Estado a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização dos serviços públicos de atendimento à população, tendo a Constituição Federal delegado ao Poder Público competência para editar leis, objetivando a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços e ações da saúde.

- Negar ao então autor o tratamento médico pretendido implica desrespeito às normas constitucionais, que garantem o direito à saúde e à vida. Nesse sentido a pacificada jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça e do C. Supremo Tribunal Federal..

- A inexistência de registro do medicamento na ANVISA não impede o seu fornecimento pelos motivos já apontados. Destaquem-se precedentes do C. Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- Inviável o pedido subsidiário de afastamento de aplicação de multa diária, pois sua incidência é plenamente cabível, nos termos do art. 461 do Código de Processo Civil, e, no caso específico de pedidos de fornecimento de medicamentos, afigura-se ainda mais recomendável, tendo em vista a relevância dos bens jurídicos tutelados. Por outro lado, o prazo de 90 dias concedido pelo Juízo “a quo” para cumprimento do quanto determinado é, ao contrário do que afirma a recorrente, razoável, não comportando dilação.

- Consoante jurisprudência do C. STJ, possível a fixação de multa contra a Fazenda Pública por inadimplemento de obrigação de fazer.

- Despropositado o pedido de efeito suspensivo a este recurso, o qual, se deferido, acabaria por desnaturar por completo a concessão da tutela antecipada conferida ao autor em risco iminente de dano irreparável a sua saúde, conforme obviamente se infere dos fatos narrados no próprio instrumento de agravo, bem assim das razões lançadas no decisum monocrático *ad quem* impugnado.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos da decisão recorrida a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nela contida.

- Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0001283-14.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 11/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/06/2015)

Assim, deve ser mantida a r. decisão agravada.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento, prejudicado o agravo interno.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0020877-77.2016.4.03.0000

(2016.03.00.020877-7)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravada: PIEZO PRINT COM/ E SERVIÇOS LTDA - ME

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Classe do Processo: AI 591397

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2017

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 133 DO CPC/2015.

1. A agravante/exequente pretendeu, com fundamento no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, o redirecionamento da execução fiscal ao sócio, sob o argumento de restar configurada hipótese de dissolução irregular da sociedade.

2. O Artigo 133 do CPC/2015 determina que o incidente depende de iniciativa da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir nos autos, não podendo ser instaurado de ofício pelo Juiz, como ocorreu no caso vertente.

3. No caso em exame, há certidão de oficial de justiça (fl. 15, verso) que constata o não funcionamento da empresa no endereço cadastrado na JUCESP (fl. 18, verso/19).

4. Destarte, não se sustenta a instauração do incidente do art. 133 do CPC/15, a uma porque não pode ordená-lo o juiz de ofício, a duas, porque é desnecessário na singularidade dos fatos aqui examinados.

5. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (*Enfam*) já aprovou o Enunciado de número 53, proclamando que “o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”.

6. O Fórum de Execuções Fiscais da Segunda Região (*Forexec*), edição 2015, reunindo juízes federais atuantes nas varas federais especializadas em execuções fiscais, aprovou o Enunciado de número 6, dispondo que “a responsabilidade tributária regulada no artigo 135 do CTN não constitui hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no artigo 133 do CPC/2015”.

7. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos o voto do Relator, acompanhado pelo Des. Fed. Hélio Nogueira, vencido o Des. Fed. Wilson Zauhy que dava parcial provimento ao agravo de instrumento da União apenas para reconhecer que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica não pode ser determinado de ofício pelo juízo, devendo ser instaurado a requerimento da parte

ou do Ministério Público.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento, interposto pela *União Federal*, em face da decisão proferida em sede de execução fiscal que não autorizou o redirecionamento da execução, nos termos do art. 135 do CTN, instaurando, por sua vez, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (*cf.* artigos 133 a 137, CPC/15).

Em suas razões recursais, informa que a responsabilização dos sócios se dá em virtude de dissolução irregular.

Sustenta a incompatibilidade entre as normas que regem o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e as que regras específicas que regulam a execução fiscal, especialmente em razão da possibilidade de apresentação de defesa sem prévia garantia e da suspensão automática do processo.

Pugna pelo reconhecimento da inaplicabilidade do incidente de desconconsideração no âmbito da execução fiscal de origem, ou caso não seja esse o entendimento acolhido, seja reconhecida a impossibilidade de instauração de ofício do incidente e de suspensão da execução com relação ao devedor principal.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Ao analisar o pedido de concessão de antecipação de tutela, foi proferida a seguinte decisão:

A agravante/exequente pretendeu o redirecionamento da execução fiscal ao sócio, sob o argumento de restar configurada a dissolução irregular da executada.

Ocorre que o juiz *a quo*, de ofício, instaurou o incidente previsto no art. 133 do CPC/15.

Esse dispositivo é de clareza solar: o incidente depende de iniciativa da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir nos autos, não podendo ser instaurado de ofício pelo Juiz. No caso em exame, há certidão de oficial de justiça (fl. 15, verso) que constata o não funcionamento da empresa no endereço cadastrado na JUCESP (fl. 18, verso/19).

Destarte, não se sustenta a instauração do incidente do art. 133 do CPC/15, a uma porque não pode ordená-lo o juiz de ofício, a duas, porque é desnecessário na singularidade dos fatos aqui examinados.

É importante frisar que, no tema em foco, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) já aprovou o Enunciado de número 53, proclamando que “o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”.

Convém, ainda, mencionar entendimento de que a responsabilidade tributária dos sócios, prevista pelo artigo 135 do CTN, por ser subjetiva, pessoal e direta, não configura caso de desconconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, o Fórum de Execuções Fiscais da Segunda Região (Forexec), edição 2015, reunindo juízes federais atuantes nas varas federais especializadas em execuções fiscais, aprovou o Enunciado de número 6, dispondo que “a responsabilidade tributária regulada no artigo 135 do CTN não constitui hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no artigo 133 do CPC/2015”.

Sendo assim, numa análise perfunctória, vislumbro os requisitos para a concessão da antecipação de tutela, porquanto presentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação de tutela.

Comunique-se ao juízo *a quo*.

Intime-se a parte agravada, nos termos artigo 1.019, II do CPC.

Assim sendo, em nova análise, este Relator confirma o acerto da r. decisão monocrática, que apreciou o mérito do agravo de instrumento, devendo, portanto, ser mantida integralmente.

Diante do exposto, mantenho a decisão acima transcrita e, por isto, *dou provimento ao agravo de instrumento*.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY:

Peço vênia ao e. Relator para divergir de seu posicionamento.

A discussão instalada nos autos diz respeito à possibilidade de *instauração de ofício do incidente* para apuração da responsabilidade do sócio da empresa executada pelos débitos da pessoa jurídica.

O Novo Código de Processo Civil disciplinou em seus artigos 133 a 137 o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos seguintes termos:

Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos

para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

A partir da vigência do Novo CPC, para a análise de eventual pretensão de redirecionamento da execução ao patrimônio dos sócios tornou-se necessária a instauração do mencionado incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada. Dentre os dispositivos legais que disciplinam referido incidente, destaca-se a previsão contida no § 4º do artigo 134 do Novo CPC nos seguintes termos:

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Referido incidente exige a comprovação dos requisitos legais específicos que são aqueles previstos pelo artigo 50 do Código Civil de 2002 e somente será instaurado a requerimento da parte ou do Ministério Público, *verbis*: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, *a requerimento da parte, ou do Ministério Público* quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

Ante o exposto, voto no sentido de *dar parcial provimento ao agravo de instrumento* da União apenas para reconhecer que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não pode ser determinado de ofício pelo juízo, devendo ser instaurado a requerimento da parte ou do Ministério Público.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0021184-31.2016.4.03.0000

(2016.03.00.021184-3)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravada: AGRAL AGRÍCOLA ARACANGUA LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARAÇATUBA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: AI 591749

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/04/2017

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PENHORA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Ressalvado o parcelamento, a concessão da recuperação judicial, por si só, não tem o efeito de suspender o andamento do processo executivo fiscal e, por conseguinte, não impede atos de constrição em desfavor da executada, cabendo ao juízo da execução fiscal salvaguardar a garantia do crédito, inexistindo violação ao princípio da preservação da empresa.

- Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, embora o deferimento do processamento da recuperação judicial não suspenda a execução fiscal, não cabe a prática de atos judiciais que comprometam o patrimônio da empresa, inviabilizando o plano de recuperação, cabendo ao juízo universal a apreciação da pretensão.

- Diante da edição da Lei 13.043/14, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça conclui que não é permitido ao Juízo da execução praticar atos de constrição ou alienação do patrimônio da empresa.

- Conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conciliando o fim social de preservação da atividade econômica, ínsito no instituto de recuperação da empresa, deve-se afastar a possibilidade de que haja atos de constrição e, especialmente, de restrição patrimonial que possam comprometer o plano de recuperação, cuja decisão compete ao Juízo da Execução, mas sempre mediante consulta ao Juízo da recuperação empresarial.

- A determinação de penhora não necessariamente implica em imediata redução do patrimônio. Por conseguinte, caso determinado o ato construtivo na execução fiscal, é possível manter o ato de constrição, vedando-se, entretanto, os atos de alienação na execução fiscal até que seja consultado o juízo da recuperação judicial.

- Não sendo possível ao juízo da execução determinar ato de constrição que implique, por si só, em imediata redução do patrimônio, como nos casos de penhora de ativos financeiros da executada, através do sistema Bacenjud, ou de alienação de bens da executada, sem que tenha sido consultado o juízo da recuperação judicial, deve ser cancelado o ato até que referido juízo informe se com sua prática há inviabilidade ou não o plano de recuperação judicial.

- Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de abril de 2017.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União, contra decisão que, em execução fiscal proposta em face de empresa AGRAL S/A AGRICOLA ARACANGUA - em recuperação judicial, entendeu que no caso de não haver pagamento ou oferecimento de bens nos autos, deve a exequente requerer o que de direito no juízo da recuperação judicial.

Sustenta a parte agravante, em suma, que a decisão merece reforma, devendo haver o regular processamento da execução fiscal, assegurando-se a futura satisfação do crédito fiscal, sem necessidade de aquiescência do Juízo da recuperação judicial.

O recurso foi processado com o parcial o efeito suspensivo.

A parte agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Prevê o § 7º, do art. 6º, da Lei nº 11.101/05:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...)

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

Igual a previsão do *caput*, do art. 187, do CTN, na redação dada pela Lcp nº 118, de 2005:

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

Portanto, ressalvado o parcelamento, a concessão da recuperação judicial, por si só, não tem o efeito de suspender o andamento do processo executivo fiscal e, por conseguinte, não impede atos de constrição em desfavor da executada, cabendo ao juízo da execução fiscal sal-

vaguardar a garantia do crédito, inexistindo violação ao princípio da preservação da empresa.

Contudo, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, embora o deferimento do processamento da recuperação judicial não suspenda a execução fiscal, não cabe a prática de atos judiciais que comprometam o patrimônio da empresa, inviabilizando o plano de recuperação, cabendo ao juízo universal a apreciação da pretensão:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL E JUÍZO DA VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS. EMPRESA SUSCITANTE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR PARA TODOS OS ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL.

1. As execuções fiscais ajuizadas em face da empresa em recuperação judicial não se suspenderão em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, ou seja, a concessão da recuperação judicial para a empresa em crise econômico-financeira não tem qualquer influência na cobrança judicial dos tributos por ela devidos.

2. Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição. Isso porque a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras. Precedentes.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do JUÍZO DA VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DO DISTRITO FEDERAL para todos os atos que impliquem em restrição patrimonial da empresa suscitante.

(CC 116.213/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/09/2011, DJe 05/10/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR PARA DETERMINAR QUE, NOS AUTOS DA EXECUÇÃO FISCAL, O JUÍZO DA VARA DO TRABALHO ABSTENHA-SE DE PRATICAR ATOS EXECUTÓRIOS QUE IMPORTEM NA CONSTRIÇÃO OU ALIENAÇÃO DE BENS DA EMPRESA SUSCITANTE E DESIGNAR O JUÍZO DE DIREITO EM QUE SE PROCESSA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA DECIDIR, EM CARÁTER PROVISÓRIO, AS MEDIDAS URGENTES.

1. DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NÃO SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL, DEVENDO-SE, TODAVIA, SUBMETTER A PRETENSÃO CONSTRITIVA DIRECIONADA AO PATRIMÔNIO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL AO JUÍZO UNIVERSAL. ENTENDIMENTO PERFILHADO PELA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. 2. EXEGESE QUE NÃO ENSEJA INFRINGÊNCIA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. De acordo com o entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito da Segunda Seção desta Corte de Justiça, embora o deferimento do processamento da recuperação judicial não tenha, por si só, o condão de suspender as execuções fiscais, na dicção do art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/05, a pretensão constritiva direcionada ao patrimônio da empresa em recuperação judicial deve, sim, ser submetida à análise do juízo universal, em homenagem ao princípio da preservação da empresa.

2. A exegese ora adotada, de modo algum, encerra violação ao Princípio da Reserva de Plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, notadamente porque não se procedeu à declaração de inconstitucionalidade, mas sim à interpretação sistemática dos dispositivos legais sobre a matéria. Precedentes da Segunda Seção do STJ.

3. Agravo improvido.

(AgRg no CC 136.978/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 17/12/2014)

Mesmo diante da edição da Lei 13.043/14, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça conclui que não é permitido ao Juízo da execução praticar atos de constrição ou alienação do patrimônio da empresa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. EDIÇÃO DA LEI Nº 13.043, DE 13.11.2014. PARCELAMENTO DE CRÉDITOS DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA MANTIDA.

1. O juízo onde se processa a recuperação judicial é o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda.
2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição ou de alienação devem-se submeter ao juízo universal.
3. A edição da Lei nº 13.043, de 13.11.2014, por si, não implica modificação da jurisprudência desta Segunda Seção acerca da competência do juízo da recuperação para apreciar atos executórios contra o patrimônio da empresa.
4. No caso concreto, o deferimento do processamento da recuperação e a aprovação do correspondente plano são anteriores à vigência da Lei nº 13.043/2014.
5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRCC 201302523450, ANTONIO CARLOS FERREIRA, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA: 15/12/2015 ..DTPB:.)

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. EDIÇÃO DA LEI Nº 13.043, DE 13.11.2014. PARCELAMENTO DE CRÉDITOS DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA MANTIDA.

1. O juízo onde se processa a recuperação judicial é o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda.
2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição ou de alienação devem-se submeter ao juízo universal. Jurisprudência.
3. A Lei nº 11.101/2005 visa à preservação da empresa, à função social e ao estímulo à atividade econômica, a teor de seu art. 47.
4. No caso concreto, a edição da Lei nº 13.043/2014 - que acrescentou o art. 10-A à Lei nº 10.522/2002 e disciplinou o parcelamento de débitos de empresas em recuperação judicial - não descaracteriza o conflito de competência.
5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRCC 201402457868, RAUL ARAÚJO, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA: 22/06/2015 ..DTPB:.)

Dessa forma, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conciliando o fim social de preservação da atividade econômica, insito no instituto de recuperação da empresa, deve-se afastar a possibilidade de que haja atos de constrição e, especialmente, de restrição patrimonial que possam comprometer o plano de recuperação, cuja decisão compete ao Juízo da Execução, mas sempre mediante consulta ao Juízo da recuperação empresarial.

Por sua vez, a determinação de penhora não necessariamente implica em imediata redução do patrimônio. Por conseguinte, caso determinado o ato construtivo na execução fiscal, é possível manter o ato de constrição, vedando-se, entretanto, os atos de alienação na execução fiscal até que seja consultado o juízo da recuperação judicial.

Entretanto, não sendo possível ao juízo da execução determinar ato de constrição que implique, por si só, em imediata redução do patrimônio, como nos casos de penhora de ativos financeiros da executada, através do sistema Bacenjud, ou de alienação de bens da executada,

sem que tenha sido consultado o juízo da recuperação judicial, deve ser cancelado o ato até que referido juízo informe se com sua prática há inviabilidade ou não o plano de recuperação judicial.

A respeito, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO FUNDADO NO NOVO CPC/2015. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROSSEGUIMENTO DOS ATOS DE EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. As Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ, no que tange ao bloqueio de ativos financeiros de sociedade empresária em recuperação judicial por meio do sistema Bacenjud, firmaram a compreensão de que este procedimento não se mostra possível em respeito ao princípio da preservação da empresa. Ademais, consignou-se inexistir prejuízo à Fazenda, porquanto, ressalvadas as preferências legais, seu crédito estará assegurado pelo juízo falimentar (AgRg no REsp 1556675/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015; AgRg no REsp 1453496/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 29/09/2014).

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no REsp 1495671/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 26/09/2016)

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Ante o exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

Direito Processual Penal



CONFLITO DE JURISDIÇÃO

0009263-80.2013.4.03.0000

(2013.03.00.009263-4)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP

Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Parte Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Parte Ré: ADAMS FERNANDO RAZERA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: CJ 15171

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/04/2017

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

- Hipótese de inquérito policial instaurado em Piracicaba/SP para apurar suposto crime contra o sistema financeiro nacional, com posterior remessa dos autos ao Ministério Público Federal em São Paulo/SP, que apresentou manifestação pela declinação da competência por inexistência de delito da espécie, que foi acolhida pelo Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP (especializada em crimes contra o sistema financeiro nacional e em lavagem de capitais), sobrevivendo redistribuição dos autos, oferecimento de denúncia pela procuradora da república oficiante em Piracicaba por delito do artigo 171, “caput” e §3º, do Código Penal, e decisão do Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP suscitando o presente conflito por classificar os fatos imputados nos artigos 7º e 19 da Lei 7.492/86.

- É na sentença o momento processual adequado para o magistrado proceder à classificação delitiva, por aplicação do instituto da “emendatio libelli”, previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal, porém sendo possível ao magistrado adentrar a questão antes da sentença em hipóteses excepcionais em que a capitulação do delito possa repercutir no caso concreto em matérias de ordem pública, como é o caso da competência.

- Imputação na ação penal de origem que é de conduta do denunciado, na condição de sócio de empresa de produtos agrícolas, realizando desconto de duplicatas mercantis ideologicamente falsas em agência da Caixa Econômica Federal na cidade de Piracicaba/SP, para tanto celebrando contrato de limite de crédito para as operações de desconto.

- Títulos ou valores mobiliários que são papéis emitidos por instituições atuantes nos mercados financeiro e de capitais, conceito ao qual não se amolda a duplicata, mero título de crédito documentando saque do vendedor pela importância faturada ao comprador. Elemento normativo do tipo penal do artigo 7º da Lei 7.492/86 não configurado.

- Hipótese em que os fatos que o Juízo suscitante classifica no artigo 19 da Lei 7.492/86 versam contrato de limite de crédito, portanto contrato de empréstimo, que não se confunde com financiamento, destarte não se amoldando a imputação ao referido delito contra o sistema financeiro nacional.

- Questão da competência que resolve-se pelo critério do artigo 70, primeira parte, do Código de Processo Penal (“A competência será, de regra, determinada pelo lugar em

que se consumir a infração”), pelo qual configurada está a competência do Juízo suscitante porquanto obtida a vantagem ilícita em Piracicaba/SP, onde situada a agência da CEF.

- Conflito julgado improcedente para declarar a competência do Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente o conflito para declarar a competência do Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP, ora suscitante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de abril de 2017.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido em inquérito policial instaurado em Piracicaba/SP para apurar suposto crime contra o sistema financeiro nacional, com posterior remessa dos autos ao Ministério Público Federal em São Paulo/SP, que apresentou manifestação pela declinação da competência por inexistência de delito da espécie, que foi acolhida pelo Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP (especializada em crimes contra o sistema financeiro nacional e em lavagem de capitais).

Redistribuídos os autos, foi oferecida denúncia pela procuradora da república oficiante em Piracicaba contra Adams Fernando Razera por delito do artigo 171, “caput” e §3º, do Código Penal, sobrevindo decisão do Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP suscitando o presente conflito por classificar os fatos imputados nos artigos 7º e 19 da Lei 7.492/86.

Foi designado o Juízo Federal suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes e solicitadas informações.

O parecer ministerial é pela improcedência do conflito, “fixando-se a competência do Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP”.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Cuida-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP por decisão nestes termos proferida:

Com as vênias devidas ao e. magistrado de São Paulo e o entendimento esposado pelo d. procurador da república, lanço mão da presente decisão para suscitar conflito negativo de

competência.

Com efeito, filio-me à jurisprudência dominante no sentido de que os delitos previstos nos arts. 7º e 19, ambos da Lei nº 7.492/86, são especiais em relação às condutas descritas nos arts. 171 e 172 do Código Penal.

A rigor, a lei especial (seja com relação à conduta descrita no art. 7º, seja no art. 19) é específica em relação ao tipo descrito no Código Penal e sobre ele deve prevalecer.

De se consignar que o sujeito passivo das infrações cometidas contra o SFN é comum, vale dizer, quaisquer pessoas podem praticar as condutas descritas na Lei nº 7.492/86, pois seus comandos não incidem somente sobre os integrantes da instituição financeira que teria concorrido para os crimes. Neste sentido, o entendimento de Rodolfo Tigre Maia.

Também neste sentido já se manifestou o e. STJ (HC 14.131/PR, relator: Ministro Vicente Leal):

“O fato descrito na denúncia situa-se em tese na moldura no art. 19, da Lei nº 7.492/86. Ao paciente imputa-se a prática de obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituição financeira. Se um fato enquadra-se em diferentes normas penais, resolve-se pelo princípio da especialidade”.

Não diverge de tal posicionamento a jurisprudência dominante:

“ACR 200004010041564 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL Relator(a) ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO Sigla do órgão TRF4 Órgão julgador OITAVA TURMA Fonte DJ 14/05/2003 PÁGINA: 1113 Decisão 1 TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR

Ementa DIREITO PENAL. LEI Nº 7.492/86, ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE UTILIZAÇÃO DE DUPLICATAS FRAUDULENTAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. PROVA SATISFATÓRIA. DOLO. CONDENAÇÃO MANTIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA.

1. Obter empréstimo destinado a financiar capital de giro da empresa, mediante apresentação de duplicatas falsas a título de garantia, amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 19, parágrafo único da Lei nº 7.492/86, aplicável à hipótese em face do princípio da especialidade.

2. *In casu*, a prova dos autos demonstra a prática dolosa do apelante, impondo-se a confirmação do decreto condenatório.

3. Sendo a limitação de fim de semana sanção mais gravosa ao acusado, mostra-se cabível a substituição da pena prisional por prestação de serviços à comunidade, mantida a pecuniária fixada pelo julgador monocrático”.

Processo ACR 200405000060340 ACR - Apelação Criminal - 3662 Relator(a) desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho Sigla do Órgão TRF5 Órgão julgador Terceira Turma Fonte DJE - Data: 14/09/2009 - Página: 169 Decisão UNÂNIME

Ementa PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. “CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 19, da LEI 7.492/86. USO DE DUPLICATAS FALSAS PARA A OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO DA CEF. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE OBTENÇÃO DUPLICATA SIMULADA (ART. 172, DO CP). IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA PROVADAS. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Utilização de duplicatas ‘frias’ para a obtenção de financiamento bancário na Caixa Econômica Federal, para aumentar o capital social de empresa importadora de bicicletas.

2. Conduta do Apelante que não se exauriu na emissão de duplicatas falsificadas simulatórias de negócios jurídicos. A referida emissão visou obter o financiamento na CEF, causando lesão aos interesses patrimoniais do Sistema Financeiro Nacional, de forma que tal conduta, pelo critério de especialidade, subsume-se ao disposto na Lei nº 7.492/86, que define os crimes praticados contra o sistema financeiro nacional, e não nas normas genéricas do Código Penal. Incabimento da desclassificação do delito para o ilícito previsto no art. 172, do CP.

3. A prescrição em perspectiva não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo reiteradamente rejeitada nos Tribunais Superiores.

4. Documentos e depoimentos orais que provam a fraude na emissão das duplicatas, e a obtenção de financiamento pelo Apelante, que não pagou a dívida, vendeu a empresa, e encontra-se em local incerto e não sabido. Autoria e materialidade do ilícito positivadas. Presença das elementares, subjetivas e objetivas, do tipo penal a que alude o art. 19, da Lei nº 7.492/86. Pena privativa de liberdade, e de multa, corretamente aplicadas.

5. Apelação improvida”.

Ante o exposto, ao reconhecer a incompetência deste Juízo para conhecer do feito para cá encaminhado, DETERMINO a expedição de ofício ao excelentíssimo Sr. Dr. Desembargador Presidente do c. Tribunal Regional Federal para que, em entendendo cabível, determine o julgamento do presente conflito negativo de competência, instruindo-o com cópia desta decisão, da denúncia, da decisão originada da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo que determinou o envio dos autos a este órgão jurisdicional.

Ao início anoto que, em regra, o momento processual adequado para o magistrado proceder à classificação delitiva é na prolação da sentença, por aplicação do instituto da “*emendatio libelli*”, previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal (“O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”), porém sendo possível ao magistrado adentrar a questão antes da sentença em hipóteses excepcionais em que a capitulação do delito possa repercutir no caso concreto em matérias de ordem pública, como é o caso da competência.

Destaco precedente do Superior Tribunal de Justiça de interesse na questão:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. *EMENDATIO LIBELLI*. DIREITOS PROCESSUAIS OU MATERIAIS. TEMAS DE ORDEM PÚBLICA. DECISÃO POSSÍVEL EM QUALQUER FASE DO PROCESSO. FUNDAMENTAÇÃO COM EXAME DA CORRETA ADEQUAÇÃO TÍPICA. LEGALIDADE. ANULAÇÃO DA DECISÃO FAVORÁVEL À DEFESA SEM RECURSO ACUSATÓRIO. *REFORMATIO IN PEJUS*. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. Se a aplicação do direito aos fatos denunciados dá-se em regra pela sentença, mantendo ou não a tipificação indicada pela inicial acusatória - arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal -, o reconhecimento de incontroversos direitos processuais ou materiais, caracterizados como temas de ordem pública, pode dar-se em qualquer fase do processo, inclusive com fundamentação então necessária de correto enquadramento típico.

3. Nada impede possa o magistrado, mesmo antes da sentença condenatória, evitando a mora e os efeitos de indevida persecução criminal, reconhecer desde logo clara incompetência, prescrição, falta de justa causa, direitos de transação, *sursis* processual, ou temas outros de ordem pública, relevantes, certos e urgentes.

(...)

(HC 241.206/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 11/12/2014)

Confira-se excerto do voto do Relator:

O limite do caso penal é dos fatos indicados na peça acusatória. Irrelevante é adequação típica indicada pelo agente ministerial, que em nada limite a persecução ou as partes do processo -

pode o juiz e mesmo o acusador compreenderem até a sentença que os fatos descritos caracterizam crimes outros. Daí porque não cabe ao juiz corrigir defeito de enquadramento típico da denúncia - na sentença simplesmente enquadrará os fatos ao direito, na forma do art. 383 do CPP, como simples exercício de jurisdição.

É a *emendatio libelli* reservada para o momento da prolação da sentença, como arguido no acórdão recorrido, ocasião em que o magistrado, após encerrada a instrução e debates, decidirá o direito aos fatos acusatórios - sem qualquer limitação de enquadramento típico.

Ocorre que matérias de ordem pública, de enfrentamento necessário em qualquer fase processual - como competência, trancamento da ação, sursis processual ou prescrição -, podem exigir como fundamento inicial o adequado enquadramento típico dos fatos acusatórios, como descritos (assim independentemente da instrução).

Não se trata de alteração do limite do caso penal pela mudança do tipo penal denunciado - irrelevante aos limites do caso penal - e sim de decidir se há direito material ou processual de ordem pública, como por exemplo a ocorrida definição do direito à transação penal, porque os fatos denunciados configuram em verdade crime diverso, de pequeno potencial ofensivo.

Também de utilidade o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 1º, XIII, DO DECRETO-LEI 201/67. *EMENDATIO LIBELLI* NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PROCESSUAL. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ART. 89 DA LEI 8.666/1993. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DOLO ESPECÍFICO. EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO PARCIAL DO PROCESSO. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

2. O órgão jurisdicional não tem competência para substituir-se ao Ministério Público, titular da ação penal pública, para o fim de retificar a classificação jurídica proposta. Nesse passo, dominante o entendimento que, em regra, o momento adequado para a *emendatio libelli* é o da prolação da sentença, não o recebimento da denúncia, em razão da topografia do art. 383 no CPP e do entendimento que o acusado defende-se dos fatos imputados, e não da classificação que lhes atribuem. Entrementes, jurisprudência e doutrina apontam no sentido da anuência com a antecipação da *emendatio libelli*, nas hipóteses em que a inadequada subsunção típica macular a competência absoluta, o adequado procedimento ou restringir benefícios penais por excesso de acusação.

(HC 258.581/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 25/02/2016)

Feitas essas considerações, passo à questão do enquadramento dos fatos, com registro de que a denúncia foi oferecida nestes termos (fls. 10/13):

Consta dos autos que, no período de 02/01/2004 a 31/03/2006, ADAMS FERNANDO RAZERA, na qualidade de sócio dirigente da pessoa jurídica “Agro Rural Comércio de Produtos Agrícolas Ltda. ME”, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 52.457.033-0001-69, agindo de forma consciente e voluntária, obteve para si vantagem ilícita, em prejuízo da Caixa Econômica Federal, induzindo-a em erro, ao realizar desconto de duplicatas mercantis ideologicamente falsas junto à Agência Piracicamirim, localizada na comarca de Piracicaba/SP, causando o *prejuízo total de R\$ 114.317,50* (atualizado até 20.06.2007, fls. 59/61 à empresa pública).

A ação ilícita restou constatada no procedimento administrativo de apuração de responsabilidade nº SP.4104.2006.A.000106 da Caixa Econômica Federal (Apenso I), inicialmente instaurado para apurar irregularidades nas concessões de crédito pessoa jurídica através do

Programa de Geração de Emprego e Renda (PROGER).

Durante as investigações, foram descobertas fraudes distintas da aventada contra o PROGER, consistentes no desconto de duplicatas simuladas em prejuízo da CEF, sem a intenção de resgatá-las, a exemplo dos fatos narrados na presente denúncia.

Com o intuito de obter vantagem ilícita, o denunciado realizou Contrato de Limite de Crédito para as Operações de Desconto junto à CEF. Em nome da empresa “Agro Rural”, apresentando para desconto 67 (sessenta e sete) cédulas sacadas contra parentes, ex-funcionários e conhecidos do denunciado.

Ouvido no inquérito policial (fls. 38/42), ADAMS afirmou que foi dele a iniciativa de contratar com a CEF e que as duplicatas emitidas não representavam efetivas transações mercantis da empresa “Agro Rural”, eis que serviam apenas para “levantar dinheiro”.

(...)

O prejuízo da CEF é evidente, eis que foi compelida a ingressar com Ação Monitória (Processo nº 2007.61.09.006191-0 - 3ª Vara Federal) contra a empresa “Agro Rural” e seus sócios, entre eles o denunciado, na tentativa de recuperar o empréstimo realizado com base no ardil relatado (fls. 59/61), sendo que o processo ainda está em andamento.

Verifica-se que a denúncia é por suposta conduta de Adams Fernando Razera, na condição de sócio da empresa “Agro Rural Comércio de Produtos Agrícolas Ltda. ME”, realizando desconto de duplicatas mercantis ideologicamente falsas em agência da Caixa Econômica Federal na cidade de Piracicaba/SP, causando prejuízo de R\$ 114.317,50 à empresa pública, também constando da exordial que o denunciado celebrou contrato de limite de crédito para as operações de desconto, apresentando sessenta e sete cédulas emitidas fraudulentamente.

Cabe, então, analisar se os fatos imputados se amoldam em tese aos referidos artigos 7º e 19 da Lei 7.492/86, “verbis”:

Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:

I - falsos ou falsificados;

II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação;

IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida;

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento.

Iniciando pelo tipo penal do artigo 7º da Lei 7.492/86, observo que, segundo as lições de Manoel Pedro Pimentel, “o crime tipificado neste art. 7º tem sua gênese nos arts. 72, 73 e 74, da Lei 4.728, de 14.7.65, que disciplinou o mercado de capitais e estabeleceu medidas para o seu desenvolvimento” e que “este é, também, um tipo que contém elementos normativos, indicados pelas expressões títulos ou valores mobiliários, cujo conceito deverá ser buscado fora do Código Penal” (“Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional”, 1987, p. 66-67), cabendo o destaque dos referidos artigos de lei:

Art. 73. Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar ações de sociedades anônimas, ou caute-las que as representem, sem autorização escrita e assinada pela respectiva representação legal

da sociedade, com firmas reconhecidas.

§ 1º Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar prospectos ou qualquer material de propaganda para venda de ações de sociedade anônima, sem autorização dada pela respectiva representação legal da sociedade.

§ 2º A violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores.

Art. 74. Quem colocar no mercado ações de sociedade anônima ou cautelas que a representem, falsas ou falsificadas, responderá por delito de ação pública, e será punido com pena de (um) a 4 (quatro) anos de reclusão.

Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.

§ 1º Por esta via, o credor haverá a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que se efetuar o pagamento, conforme cotação fornecida pelo Banco Central, acrescida dos juros de mora.

§ 2º Pelo mesmo rito, serão processadas as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato, com anuência do vendedor.

§ 3º No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior.

§ 4º As importâncias adiantadas na forma do § 2º deste artigo serão destinadas na hipótese de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem, nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil.

Também destaco os artigos 5º e 16 da mencionada Lei 4.728/65, de utilidade para o conceito do elemento normativo “títulos ou valores mobiliários”:

Art. 5º O sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais será constituído:

- I - das Bolsas de Valores e das sociedades corretoras que sejam seus membros;
- II - das instituições financeiras autorizadas a operar no mercado de capitais;
- III - das sociedades ou empresas que tenham por objeto a subscrição de títulos para revenda, ou sua distribuição no mercado, e que sejam autorizadas a funcionar nos termos do art. 11;
- IV - das sociedades ou empresas que tenham por objeto atividade de intermediação na distribuição de títulos ou valores mobiliários, e que estejam registradas nos termos do art. 12.

Art. 16. As emissões de títulos ou valores mobiliários somente poderão ser feitas nos mercados financeiro e de capitais através do sistema de distribuição previsto no art. 5º.

§ 1º Para os efeitos deste artigo considera-se emissão a oferta ou negociação de títulos ou valores mobiliários:

- a) pela sociedade emissora ou coobrigada;
- b) por sociedades ou empresas que exerçam habitualmente as atividades de subscrição, distribuição ou intermediação na colocação no mercado de títulos ou valores mobiliários;
- c) pela pessoa natural ou jurídica que mantém o controle da sociedade emissora dos títulos ou valores mobiliários oferecidos ou negociados.

§ 2º Entende-se por colocação ou distribuição de títulos ou valores mobiliários nos mercados financeiro e de capitais a negociação, oferta ou aceitação de oferta para negociação:

- a) mediante qualquer modalidade de oferta pública;

- b) mediante a utilização de serviços públicos de comunicação;
- c) em lojas, escritórios ou quaisquer outros estabelecimentos acessíveis ao público;
- d) através de corretores ou intermediários que procurem tomadores para os títulos.

§ 3º As sociedades que infringirem o disposto neste artigo ficarão sujeitas à cessação imediata de suas atividades de colocação de títulos ou valores mobiliários no mercado, mediante intimação do Banco Central, que requisitará, se necessário, a intervenção da autoridade policial.

Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos constata-se que “títulos ou valores mobiliários” são papéis emitidos por instituições atuantes nos mercados financeiro e de capitais, conceito ao qual não se amolda a duplicata, mero título de crédito documentando saque do vendedor pela importância faturada ao comprador, destarte não estando configurado o referido elemento normativo do tipo penal do artigo 7º da Lei 7.492/86.

Quanto ao artigo 19 da Lei 7.492/86, descreve conduta de obtenção fraudulenta de financiamento em instituição financeira, ocorrendo de no caso dos autos os fatos imputados na denúncia versarem contrato de limite de crédito, em outras palavras, contrato de empréstimo, que não se confunde com financiamento, porquanto o último possui destinação específica, destarte não se amoldando a imputação ao referido delito contra o sistema financeiro nacional.

Destaco os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de interesse na questão:

CC - CONSTITUCIONAL - EMPRESTIMO - FINANCIAMENTO - A OPERAÇÃO DE EMPRESTIMO NÃO SE CONFUNDE COM O FINANCIAMENTO. A LEI 7.492/1986 (ART. 19) CHAMA A COMPETENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. TODAVIA, E DA JUSTIÇA ESTADUAL PROCESSAR E JULGAR EVENTUAL CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DUPLICATAS PARA GARANTIR OPERAÇÃO DE EMPRESTIMO.

(CC 18.959/SP, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, TERCEIRA SECAO, julgado em 09/04/1997, DJ 25/08/1997, p. 39294)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. OBTENÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO JUNTO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA MEDIANTE FRAUDE. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. INEXISTÊNCIA. DELITO DE ESTELIONATO CONFIGURADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A conduta criminosa consistente em levar a erro instituição financeira visando obter crédito pessoal, com desconto em folha, sem anuência dos titulares, caracteriza o delito de estelionato e não se subsume ao tipo penal previsto no art. 19 da Lei 7.492/86.

2. *O empréstimo pessoal obtido mediante fraude não está vinculado a uma destinação específica, como se exige nos financiamentos, o que configura, em tese, o delito previsto no art. 171, caput, do Código Penal, a merecer processamento perante a Justiça Estadual, porquanto praticado por particular contra uma entidade de natureza privada.*

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo - DIPO 4, o suscitado.

(CC 120.016/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 02/10/2012, grifo nosso)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. CRIME DE ESTELIONATO. ART. 171 DO CÓDIGO PENAL. OBTENÇÃO FRAUDULENTA DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO, PARA DESCONTO NA FOLHA DE PAGAMENTO DE SEGURADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INOCORRÊNCIA DE VINCULAÇÃO A DESTINAÇÃO ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA DE CRIME CONTRA O SISTEMA FINAN-

CEIRO NACIONAL. AFASTAMENTO DA TIPO PREVISTO NO ART. 19 DA LEI 7.492/86. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no que tange ao art. 19 da Lei 7.492/86, tem advertido que, “(...) a mera obtenção fraudulenta de empréstimo pessoal junto a instituição financeira não caracteriza crime contra o Sistema Financeiro Nacional, mas sim, delito de estelionato, porquanto não se trata de contrato de financiamento, visto que não se exige destinação específica, tampouco comprovação da aplicação dos recursos”. (STJ, CC 119.304/SE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 04/12/2012).

II. No caso concreto, a conduta em apuração, no Inquérito Policial, refere-se a obtenção fraudulenta de contrato de empréstimo consignado (e não financiamento, em que há vinculação quanto ao objeto), com o Banco BMG S/A, no qual indivíduo, que se apresentou como o segurado da Previdência Social, tomou o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), autorizando o desconto voluntário, pelo INSS (consignante), em folha de pagamento (proventos da aposentadoria por invalidez), de 60 (sessenta) parcelas, mensais e consecutivas. Trata-se de empréstimo fraudulento, sem destinação específica dos recursos obtidos junto à instituição financeira, caracterizando-se o delito de estelionato, de competência da Justiça Estadual.

III. Com efeito, “esta Corte Superior de Justiça já firmou posicionamento de que só há a conduta descrita no art. 19 da Lei nº 7.492/86 (‘financiamento’) quando os recursos obtidos junto à instituição financeira possuem destinação específica, não se confundindo, assim, com mútuo obtido a título pessoal, conduta que caracteriza o crime de estelionato. Tendo em vista que os autos descrevem a ocorrência de mero empréstimo fraudulento, sem destinação específica, certa é a competência da Justiça Estadual para processar e julgar os fatos objeto dos presentes autos” (STJ, CC 122.257/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 12/12/2012). Em igual sentido: STJ, CC 112.244/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 16/09/2010; CC 119.304/SE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 04/12/2012.

IV. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Criminal de Inquéritos Policiais da Comarca de Belo Horizonte/MG, o suscitado.

(CC 125.061/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 17/05/2013, grifo nosso)

Observo que o julgado do C. STJ referido na decisão do Juízo suscitante, além de ser anterior a dois dos precedentes acima colacionados, foi proferido por Turma em “habeas corpus”, ao passo os ora trazidos à baila foram firmados pela Terceira Seção em sede de conflito de competência.

Também destaco os seguintes julgados da Primeira Seção:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA SUPRIMENTO DE CAPITAL DE GIRO. NEGÓCIO JURÍDICO QUE NÃO CARACTERIZA CONTRATO DE FINANCIAMENTO. UTILIZAÇÃO DE DUPLICATAS FRIAS COMO GARANTIA. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL NÃO CONFIGURADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO. FEITO SENTENCIADO POR JUÍZO ESPECIALIZADO. NULIDADE PARCIAL DO PROCESSO. RECURSO PREJUDICADO.

1. O artigo 19 da Lei nº 7.492/1986 trata de contrato de financiamento, que pressupõe destinação específica. Cuidando-se, porém, de abertura de crédito para suprimento de capital de giro, sua natureza é de contrato de empréstimo.

2. A utilização de duplicatas frias como garantia para obtenção de empréstimo bancário não configura o delito previsto no artigo 19 da Lei nº 7.492/1986, mas o de estelionato, tipificado no artigo 171 do Código Penal.

3. Crime de estelionato praticado contra a Caixa Econômica Federal - CEF deve ser processado e julgado perante juízo comum da Justiça Federal e não em vara especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

4. Desclassificação da conduta. Nulidade processual reconhecida. Remessa ao juízo federal competente. Recurso defensivo prejudicado.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 34697 - 0103658-10.1997.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 18/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/06/2013, grifo nosso)

PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. EMPRÉSTIMOS PESSOAIS EM CONSIGNAÇÃO OBTIDOS JUNTO À CEF MEDIANTE FRAUDE. ESTELIONATO. COMPETÊNCIA DA VARA COM COMPETÊNCIA COMUM.

1. Descreve o relatório da autoridade policial que o procedimento inquisitivo foi instaurado “com o objetivo de apurar o crime de estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal, considerado o teor do requerimento de fls. 03/04, oriundo da Caixa Econômica Federal, o qual dá conta de fraude em empréstimos concedidos através de convênio de consignação entre a prefeitura municipal de Araçariguama/SP e a CEF, agência São Roque/SP”

2. *É pacífico na jurisprudência da colenda Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça que os empréstimos pessoais não se confundem com financiamento, por não possuírem destinação específica, não se amoldando à figura típica do art. 19 da Lei 7.492/86, mas ao delito de estelionato, de sorte que deve ser afastada a competência da Vara Criminal especializada para processar e julgar os crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional.*

3. Conflito julgado procedente.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA SEÇÃO, CJ - CONFLITO DE JURISDIÇÃO - 14880 - 0033415-32.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 15/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/08/2013, grifo nosso)

Destarte, considerando que os fatos imputados configuram, em tese, delito de estelionato, não crime contra o sistema financeiro nacional, não há se falar em competência da Vara especializada, a questão resolvendo-se pelo critério do artigo 70, primeira parte, do Código de Processo Penal (“A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração”), pelo qual configurada está a competência do Juízo suscitante porquanto obtida a vantagem ilícita em Piracicaba/SP, onde situada a agência da CEF.

Diante do exposto, julgo improcedente o conflito para declarar a competência do Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba/SP, ora suscitante.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL

0021621-72.2016.4.03.0000

(2016.03.00.021621-0)

Agravante: MARCOS ALVES PINTAR

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Excipiente: MARCOS ALVES PINTAR

Excepto: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES (QUINTA TURMA)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relatora: DESEMBARGADOR FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - PRESIDENTE

Classe do Processo: Suspei 1289

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2017

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - INTEMPESTIVIDADE - PRAZO REGIMENTAL - PETIÇÃO APRESENTADA NO DIA DA SESSÃO DE JULGAMENTO, MEDIANTE PROTOCOLO INTEGRADO - FATO QUE SÓ CHEGOU AO CONHECIMENTO DEPOIS DE ENCERRADA A SESSÃO - DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 282 DO RITRF3 - AGRAVO IMPROVIDO.

I - De acordo com o artigo 282 do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a arguição de suspeição de Desembargador Federal deve ser apresentada até 15 dias depois da distribuição do feito, se relator; em igual prazo, após a conclusão, no caso do revisor; e dos demais desembargadores até o início do julgamento. Norma semelhante consta nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (arts. 279 e 274, respectivamente);

II - As sessões ordinárias, neste TRF3, iniciam-se às 14h00 (artigo 135 do Regimento Interno). A petição protocolizada às 14h01, após o início da sessão de julgamento, por meio de protocolo integrado, não atende ao comando normativo que exige que a exceção de suspeição seja apresentada até o início do julgamento;

III - O dispositivo regimental que regulamenta o prazo para se apresentar exceção de suspeição de membro de órgão colegiado, ao dispor que o incidente deverá ser apresentado até o início do julgamento, tem por objetivo impedir o pronunciamento jurisdicional nulo ou anulável, viciado pela participação de desembargador impedido ou suspeito;

IV - O protocolo integrado objetiva facilitar o acesso ao tribunal, permitindo a advogados das mais diversas localidades recorrer sem necessitarem se deslocar à capital. Porém, em casos urgentes, que exigem imediata manifestação judicial, há que se agir com prudência e razoabilidade, pois é de todos sabido que a petição apresentada mediante protocolo integrado não é juntada aos autos no mesmo dia. Por isso é assegurado ao advogado o direito de se dirigir diretamente ao magistrado (art. 7º, VIII, da Lei nº 8.906/94) e de peticionar por *fac-símile* ou outro meio de transmissão de dados (art. 1º da Lei nº 9.800/99), medidas singelas que, se adotadas, evitariam a realização da sessão de julgamento;

V - A defasagem da norma (CPP) não é causa de revogação. As inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil não podem ser aplicadas indiscriminadamente no

processo penal, principalmente quando tornarem ainda mais compassado o rito dos processos criminais;
VI - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de março de 2017.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Presidente):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo advogado Marcos Alves Pintar contra decisão desta Presidência que rejeitou liminarmente a exceção de suspeição oposta em face do Desembargador Federal Paulo Fontes em virtude de sua intempestividade.

O agravante alega, em síntese, que a decisão “considerou sem nenhum fundamento lógico ou racional que a data de início do julgamento corresponde à data de início da sessão, ao passo que em nenhum momento é demonstrado que a sessão de julgamento se iniciou antes da data do protocolo (14:01 horas)”. Aduz não ter sido analisado no caso concreto o momento exato em que se iniciou o julgamento de seu processo, de modo que a decisão é “ilegal, procurando inibir a interposição de exceções de suspeição, aplicando a surpresa como forma de julgamento já que na prática início de julgamento não se confunde com início da sessão de julgamento”.

Afirma que o Código de Processo Penal encontra-se superado, ao contrário do Código de Processo Civil, moderno e atual, que insere no ordenamento jurídico novos princípios processuais gerais, como o da colaboração, do contraditório substancial, da não surpresa e da primazia pelo julgamento de mérito. Assim, “dada (*sic*) o atraso científico do CPP, por força do art. 3º do Código de Processo Penal são aplicáveis os princípios gerais do processo civil introduzidos pelo CPC 2015, o que foi negado pela decisão ora impugnada”.

Diz ter havido negativa de vigência ao artigo 93, IX, da Constituição Federal e ao artigo 489, § 1º e incisos do CPC, combinado com o artigo 3º do CPP, pela falta de devida e adequada fundamentação, pois invocou precedente (RESP nº 955783) sem identificar seus fundamentos determinantes, ressaltando que o paradigma destoa da situação verificada no presente caso.

Argumenta ter havido afronta ao artigo 146 do CPC, combinado com o artigo 3º do CPP, pois a legislação processual penal encontra-se defasada e não detalha todas as hipóteses de suspeição de magistrados, tampouco estabelece prazo para a instauração do incidente. No processo contemporâneo, orientado pelo princípio da economia, “uma vez tendo-se ciência de que determinado julgador é suspeito para atuar, a suspeição ou mesmo o impedimento precisar (*sic*) serem alegados e conhecidos”, contudo, com racionalidade, propiciando condições para que a parte possa de forma eficaz e efetiva afastar o juiz parcial quando a parcialidade existe.

Aponta violação do artigo 95, I, do CPP, pois as exceções de suspeição são incidentes de

cognição exauriente, inexistindo outra oportunidade para se questionar a alegada parcialidade, razão pela qual deve ser facultado às partes todos os meios legais inerentes ao contraditório substancial e à ampla defesa, sem atropelos ou abreviações típicas da cognição sumária. Entende, assim, que as restrições criadas pela decisão recorrida são uma afronta à legislação processual, na medida em que impõe barreiras que tornam impossível o afastamento de um magistrado suspeito.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Presidente):

Insurge-se o agravante contra a decisão que rejeitou a sua exceção de suspeição em face da intempestividade.

A exceção de suspeição foi rejeitada pelo eminente Vice-Presidente deste C. Tribunal Regional Federal, em substituição regimental, em 03 de fevereiro de 2017. Constitui inteiro teor do julgado:

Ao contrário do que apregoa o excipiente, a exceção de suspeição apresentada não pode ser tida como tempestiva. Ao reverso, notória a intempestividade.

Com efeito, preceitua o artigo 282 do Regimento Interno desta Corte:

“Art. 282 - A argüição de suspeição do Relator poderá ser suscitada até 15 (quinze) dias após a distribuição, quando fundamentada em motivo preexistente; no caso de motivo superveniente, o prazo de 15 (quinze) dias será contado a partir do fato que ocasionou a suspeição. A argüição de suspeição do Revisor poderá ser suscitada em iguais prazos, após a conclusão; *a argüição de suspeição dos demais Desembargadores Federais, até o início do julgamento.*” - grifo inexistente no original.

De forma mendaz o excipiente afirma que “conforme se infere pelos autos, antes do início do julgamento o Excipiente ingressou com a exceção, protocolando a peça no dia 10 de outubro de 2016 no período da manhã” (fl. 813, item 4). Acontece que o protocolo da petição (fl. 04) deixa incontroverso que o incidente foi protocolado na Subseção Judiciária de São José do Rio Preto no dia 10.10.2016 às 14h01, portanto no período da tarde.

E, de acordo com o Regimento Interno, as sessões ordinárias começam às 14h00 (artigo 135), de modo que o incidente foi apresentado depois do início da sessão.

Não bastasse a hora do protocolo, deve-se ter em mente que a apelação no processo nº 003618-31.2009.4.03.6106 foi julgada no Tribunal, com sede na cidade de São Paulo, enquanto a exceção de suspeição foi apresentada na Subseção Judiciária de São José do Rio Preto, por meio do protocolo integrado. Óbvio, neste caso, que a existência da exceção de suspeição não chegaria - como não chegou - ao conhecimento dos integrantes do Órgão Especial antes do início do julgamento do apelo.

O dispositivo regimental que regulamenta o prazo para se apresentar exceção de suspeição de membro de órgão colegiado, ao dispor que o incidente deverá ser apresentado até o início do julgamento, tem por objetivo impedir o pronunciamento jurisdicional nulo ou anulável, viciado pela participação de desembargador impedido ou suspeito. Impede-se, assim, a análise inútil de um processo, já que toda discussão a respeito da matéria será estéril.

Não à toa que a legislação processual brasileira dispõe, a respeito do tema, que as alegações de impedimento e de suspeição devem ser formuladas antes da apreciação do pedido, isto é, antes da análise de mérito a ser feita com a sentença ou no julgamento da apelação. Inadmitte-se

a oposição de exceção de suspeição após o julgamento do processo, pois com isso estar-se-ia conspirando contra o princípio da segurança jurídica, que visa preservar as decisões emanadas do Poder Judiciário.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PRAZO PARA OFERECIMENTO. CIÊNCIA DO FATO CAUSADOR DA SUSPEIÇÃO. PRIMEIRA MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS. VEDAÇÃO DE ARGUIÇÃO APÓS INICIADO O JULGAMENTO DO FEITO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DAS DECISÕES JUDICIAIS. REEXAME QUANTO À DATA DA CIÊNCIA DA SUSCITADA SUSPEIÇÃO. SÚMULA Nº 07/STJ. INCIDÊNCIA.

1. A arguição de suspeição deve ser suscitada na primeira oportunidade em que couber à parte interessada se manifestar nos autos (§ 1º, do art. 138, do CPC), observado o prazo de até 15 (quinze) dias contados da data ciência do fato causador da alegada suspeição, (arts. 304 e 305, do CPC).

2. *In casu*, o aresto recorrido, baseando-se em certidão da Diretoria da Quinta Turma Cível do Tribunal de origem, concluiu que o quórum originário para julgamento do Agravo de Instrumento, no âmbito do qual surgiu a suscitada suspeição, dar-se-ia, pelo Relator, o 1º Vogal, na pessoa do Desembargador excepto, e do 2º Vogal pela Desembargadora que teve que se ausentar temporariamente e foi substituída por outro Desembargador.

3. Consectariamente, nos termos do aresto recorrido, que decidiu com ampla cognição fático-probatória, cuja revisão revela-se vedada em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula nº 07/STJ, o excipiente tinha conhecimento da composição do órgão colegiado desde a distribuição do feito haja vista que o excepto integraria o quórum originário em nada afetando, para fins de suscitada suspeição, a substituição da Desembargadora ocorrida na data do julgamento do recurso.

4. A suspeição do julgador somente pode ser arguida enquanto não realizado o julgamento do feito. Inaugurar a possibilidade de apresentação da exceção após a prolação de voto de primeiro vogal conspiraria contra o Princípio da Segurança Jurídica que visa preservar as decisões judiciais. (Precedentes: AgRg na ExSusp 14/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/08/2003, DJ 22/09/2003 p. 248; REsp 151768/RN, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/1998, DJ 26/04/1999 p. 107 REsp 520.026/CE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 01/02/2005 p. 481 RMS 2022/RJ, Rel. MIN. CLÁUDIO SANTOS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/1993, DJ 18/10/1993 p. 21871)

5. Diversa seria a hipótese se a suposta suspeição adviesse da substituição de Desembargador que não compareceu na sessão de julgamento do feito. Todavia a revisão do julgado, *in casu*, revela-se incabível haja vista que a *exceptio suspicionis*, rejeitada pela instância *a quo* à luz de elementos fático-probatórios, interdita o E. STJ invadir a questão de prova, obstada pela Súmula 07 da Corte.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.”

(STJ, REsp 955783/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.05.2010, DJe 20.05.2010) - grifo meu.

Assim, considerando a inobservância das normas regimentais, forçoso o reconhecimento da intempestividade do incidente. Como corolário, deixo de apreciar os argumentos meritórios veiculados pelo excipiente diante da manifesta prejudicialidade dos mesmos.

Ante o exposto, dada a manifesta intempestividade, REJEITO LIMINARMENTE a presente exceção de suspeição, nos termos do artigo 285, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se.

Intimem-se.

Comunique-se.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se.

Justifica-se a fixação de um prazo para a oposição da exceção de suspeição, até o início do julgamento da causa, para evitar a atuação jurisdicional inócua, relegando toda a liturgia da sessão de julgamento a um mero teatro.

No processo em que tacha o eminente Desembargador Federal Paulo Fontes de suspeito (processo nº 0003618-31.2009.4.03.6106) o agora excipiente foi devidamente intimado a respeito do dia em que ocorreria a sessão de julgamento. Mesmo assim, deixou para apresentar a sua exceção de suspeição depois de iniciada a sessão de julgamento e, ainda assim, o fazendo mediante protocolo integrado.

O protocolo integrado tem por fim facilitar o acesso ao tribunal, permitindo que advogados de cidades distantes recorram sem ter que se deslocar para a capital. Porém, em *casos urgentes*, que exigem *imediata manifestação judicial*, há de se agir com *razoabilidade e prudência*, pois é de conhecimento comum que a petição protocolizada via protocolo integrado não é juntada imediatamente aos autos e tampouco chega ao conhecimento do magistrado no exato momento em que o advogado a apresenta no balcão da secretaria.

Por isso que é assegurado ao advogado dirigir-se diretamente aos magistrados (artigo 7º, VIII, da Lei nº 8.906/94) e apresentar petição mediante *fac-símile* ou outro meio de transmissão de dados (artigo 1º da Lei nº 9.800/99). A adoção de medidas singelas como as mencionadas evitaria, certamente, a realização de uma sessão de julgamento que poderia, em tese, contar com a participação de magistrado suspeito ou impedido.

Assim, ao meu juízo, nada justifica a alegação do agravante de que o protocolo integrado, realizado às 14h01 na Subseção Judiciária de São José do Rio Preto, teria o condão de cumprir, à exatidão da *mens legis* do CPP, do CPC e do RITRF no que se referem ao tema, o prazo para apresentar exceção de suspeição de membro de tribunal e evitar a contentio o julgamento de seu processo.

Não se trata, ao reverso do que costumeiramente alega o agravante, de emparedamento para não conhecer de nenhuma de suas exceções de suspeição. Trata-se, a bem da verdade, de agir de acordo com os cânones processuais.

Portanto, a regra processual é uma só: a exceção de suspeição, no tribunal, deve ser apresentada antes do início do julgamento. Chegando ao conhecimento dos magistrados apenas depois de encerrada a sessão, como no caso dos autos, solução não restará senão o reconhecimento de sua intempestividade.

Com relação à aplicação do CPC no processo penal, o agravante deve ter em mente que a defasagem temporal do CPP, por si só, não é causa de revogação da norma. Deveras, constitui regra basilar do ordenamento jurídico pátrio que *não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue* (artigo 2º do Decreto-Lei nº 4.657/42, com a redação dada pela Lei nº 12.376/2010, conhecida como Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Logo, previsões contidas no Novo CPC que colidam com o CPP devem ser analisadas à luz da especialidade, pois, como bem destacou a eminente Ministra Cármen Lúcia, “O processo penal tem princípios, regras e conteúdos distintos do processo civil, razão pela qual não é possível aplicar indistintamente as normas do segundo sobre o primeiro, sob pena de subverter a lógica processual com base na qual foi construído o processo penal” (Conselho Nacional de Justiça, Reclamação para Garantia das Decisões 0006866-92.2016.2.00.02000). Neste diapasão, não podem ser admitidos *indiscriminadamente* no processo penal preceitos inovadores introduzidos pelo novo Código de Processo Civil que possam tonar ainda mais compassado o rito dos processos envolvendo a prática de crimes.

De outra banda, o argumento trazido pelo agravante de que não houve fundamentação, ou de que esta foi inadequada, violando, assim, o artigo 93, IX, da CF e o artigo 489, § 1º e incisos do CPC, combinado com o artigo 3º do CPP, não encontra amparo, restando absolutamente vazio.

O precedente do STJ invocado na decisão monocrática (RESP nº 955783) coaduna-se com a situação vivenciada nos autos, na qual o conhecimento da existência da exceção de suspeição só chegou ao conhecimento dos desembargadores envolvidos depois de encerrado o julgamento.

Os demais argumentos apresentados pelo agravante em nada modificam o *decisum*.

Não há que se falar em violação ao artigo 146 do CPC, que fixa o prazo de 15 (quinze) dias, partir do conhecimento do fato, para a parte apresentar exceção de suspeição. Como já dito anteriormente, a exceção tem que ser apresentada até o início do julgamento e, na espécie, só chegou ao tribunal depois de encerrada a sessão.

Por fim, o fato de a exceção de suspeição ser um processo de cognição exauriente, tal qual alegado pelo agravante no item 53 de seu recurso (fl. 843), não dispensa a observância de pressupostos legais de admissibilidade, como a tempestividade.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao agravo regimental.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

“HABEAS CORPUS”
0001396-94.2017.4.03.0000
(2017.03.00.001396-0)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Paciente: JOÃO DOMINGOS SANTOS (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: HC 70492
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/04/2017

EMENTA

HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. VENDEDOR AMBULANTE. PRISÃO PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. ORDEM CONCEDIDA.

A despeito da existência de prova da prática delitiva e de indícios de autoria e apesar de a pena máxima cominada ao delito de contrabando ser de 05 (cinco) anos de reclusão (art. 313, I, do CPP), a privação da liberdade de locomoção do paciente mostra-se excessiva.

In casu, verifica-se que o acusado trata-se de vendedor ambulante que se encontrava comercializando cigarros na Estação Dom Pedro II do metrô, sendo que, em seu interrogatório perante a Polícia Civil do Estado de São Paulo, admitiu que comprava os cigarros de camelôs do Brás, pagando por cada pacote a quantia de R\$ 17,00 e vendendo ao consumidor final por R\$ 20,00. Em seu poder foram encontrados 12 pacotes de cigarros que, ao que consta, não podem ser vendidos no Brasil.

Ainda que se considere que o acusado possui outros dois inquéritos policiais pelo mesmo delito, perpetrados respectivamente em 13/02/2015 e 09/06/2016, as circunstâncias do flagrante e o próprio depoimento do acusado demonstram que não se trata de pessoa responsável pela carga de grande quantidade de cigarros contrabandeados para abastecimento do comércio ilegal, mas sim de vendedor ambulante que revendia para o consumidor final a mercadoria contrabandeada, demonstrando a desproporcionalidade da medida cautelar restritiva de liberdade.

A necessidade de assegurar a instrução criminal, ordem pública ou a aplicação da lei penal pode ser garantida, de forma suficiente e adequada, por uma medida menos gravosa.

Ordem concedida para tornar definitiva a decisão liminar que revogou a prisão preventiva do paciente e a substituiu por medidas cautelares diversas da prisão.

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, conceder a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de março de 2017.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de João Domingos Santos contra ato do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, praticado nos autos do inquérito policial nº 0000668-37.2017.403.6181.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do delito de descaminho/contrabando, uma vez teria sido flagrado na posse de 12 (doze) pacotes de cigarro, cuja comercialização é proibida no país.

Realizada audiência de custódia em 27 de janeiro de 2017, a Defensoria Pública da União, atuando na defesa do indiciado, pleiteou a concessão de liberdade provisória, aduzindo, em síntese, que se trata de crime de menor importância, dada a sua natureza, que não pressupõe para a sua consumação violência ou grave ameaça à pessoa, bem como diante da ínfima quantidade de cigarros apreendidos, o que poderia, em tese, ensejar a atipicidade material da conduta.

O Ministério Público Federal, a seu turno, concordou com o requerimento da defesa, acrescentando que se trata de fato que denota baixa periculosidade, aduzindo, ainda, que o momento atual que atravessa o sistema carcerário brasileiro não favorece o encarceramento de pessoas às quais se atribui delitos dessa índole. Entendeu que, diante da conjuntura retratada, a manutenção do paciente no cárcere seria desnecessária.

Mesmo diante da concordância ministerial com o pleito do impetrante, a autoridade coatora decretou a prisão preventiva do paciente. O fundamento eleito para justificar a medida foi a garantia da ordem pública, porque o paciente consta como indiciado outras duas vezes em razão de supostos delitos da mesma índole.

Diante disso, a impetração aduz que o paciente está sendo submetido a constrangimento ilegal, em síntese, sob o fundamento de que não se encontram presentes os requisitos da prisão preventiva presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Aponta-se que o particular caso em concreto denota a desproporção da imposição de prisão preventiva ao acusado, eis que foi o acusado foi encontrado na posse de 12 (doze) pacotes de cigarro, ou seja, 120 (cento e vinte) maços. Assim, claramente não se trata de um grande carregamento, que visava abastecer o comércio ilegal de produtos fumígenos, mas sim de conduta que poderia até mesmo ensejar o reconhecimento da sua atipicidade material, porque insignificante. A Defensoria Pública da União aponta, inclusive, que esse é o entendimento da Orientação Nº 25/2006 DA 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que considera como insignificante a conduta quando a quantidade apreendida não superar 153 maços.

A impetração aponta ainda que, diante da gravidade do crime e suas consequências, certamente o resultado final do processo não será o encarceramento do paciente, o que torna a medida cautelar ora imposta absolutamente desproporcional.

Por fim, o impetrante indica que não restou justificada a razão pela qual nenhuma das medidas cautelares alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal seria adequada ao caso concreto.

Pede, liminarmente, a revogação da prisão do paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura, ou, ainda, eventualmente, a fixação de quaisquer das medidas alternativas. Ao final, pugna pela concessão da ordem, tornando definitiva a liminar.

Juntou documentos de fls. 15/35.

A decisão liminar de fls. 37/38 deferiu a liminar, expedindo alvará de soltura clausulado em favor do paciente e fixando as seguintes medidas cautelares diversas da prisão: a) comparecimento mensal em juízo para justificar suas atividades e b) proibição de ausentar-se da cidade onde vive por mais de 15 (quinze) dias, sem autorização do juízo.

A autoridade impetrada prestou informações a fls. 42/47.

O parecer do Ministério Público Federal de fls. 49/51 opinou pela denegação da ordem.

É o sucinto relatório. Decido.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

A decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva em sede de Audiência de Custódia está assim vazada:

(...) A conversão do flagrante em prisão preventiva é medida que se impõe. A prova da existência do crime foi acima analisada. Há indícios de autoria, consoante os depoimentos do condutor Odair José Silva Rosa de Oliveira (fls. 04) e da testemunha Alexandre Regueira Bertolo (fls. 06), ambos policiais civis. Presente, pois, o *fumus comissi delicti*. Quanto ao *periculum libertatis*, a constrição da liberdade do investigado é necessária para garantir a ordem pública, eis que o indiciado já foi preso em flagrante por pelo menos duas vezes pela prática eventual de contrabando, conforme folha de antecedentes desta Justiça Federal. Dessa forma, em que pese a manifestação do MPF e o pedido da DPU, referindo-se à pequena quantidade de cigarros, verifico que a medida restritiva não é suficiente para que o Declarante cesse a atividade delitiva. Encontram-se atendidos, portanto, os requisitos dos artigos 282, 312 e 313, *caput*, inciso I, todos do Código de Processo Penal. Não se revela cabível, no momento, a liberdade provisória, tampouco a aplicação de qualquer medida cautelar diversa da prisão (art. 319 do Código de Processo Penal), diante dos fatos já elencados. Converto, assim, a prisão em flagrante do investigado em prisão preventiva, diante dos fundamentos expostos.

No particular, a despeito da existência de prova da prática delitiva e de indícios de autoria e apesar de a pena máxima cominada ao delito de contrabando ser de 05 (cinco) anos de reclusão (art. 313, I, do CPP), a privação da liberdade de locomoção do paciente mostra-se excessiva.

In casu, verifica-se que o acusado trata-se de vendedor ambulante que se encontrava comercializando cigarros na Estação Dom Pedro II do metrô, sendo que, em seu interrogatório perante a Polícia Civil do Estado de São Paulo, admitiu que comprava os cigarros de camelôs do Brás, pagando por cada pacote a quantia de R\$ 17,00 e vendendo ao consumidor final por R\$ 20,00. Em seu poder foram encontrados 12 pacotes de cigarros que, ao que consta, não podem ser vendidos no Brasil.

Assim, ainda que se considere que o acusado possui outros dois inquéritos policiais pelo mesmo delito, perpetrados respectivamente em 13/02/2015 e 09/06/2016, as circunstâncias delitivas em que foi flagrantado demonstram a desproporcionalidade da medida cautelar restritiva de liberdade.

Como pertinentemente apontado pelo Ministério Público Federal na ocasião da audiência de custódia, o sistema carcerário brasileiro encontra-se em momento bastante delicado, sendo que o Poder Judiciário não deve abster-se da realidade e determinar o encarceramento de pessoas às quais se atribui delitos dessa índole, perpetrados sem violência ou grave ameaça e, especialmente, *in casu*, no qual as circunstâncias do flagrante e o próprio depoimento do acusado demonstram que não se trata de pessoa responsável pela carga de grande quantidade de cigarros contrabandeados para abastecimento do comércio ilegal, mas sim de vendedor ambulante que revendia para o consumidor final a mercadoria contrabandeada.

A necessidade de assegurar a instrução criminal, ordem pública ou a aplicação da lei penal pode ser garantida, de forma suficiente e adequada, por uma medida menos gravosa.

Fixo, portanto, as seguintes medidas cautelares diversas da prisão: a) comparecimento mensal em juízo para justificar suas atividades e b) proibição de ausentar-se da cidade onde vive por mais de 15 (quinze) dias, sem autorização do juízo.

DESSA FORMA, concedo a ordem para tornar definitiva a decisão liminar que revogou a prisão preventiva do paciente e a substituiu por medidas cautelares diversas da prisão.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0026641-14.2015.4.03.6100
(2015.61.00.026641-7)

Apelante: ACE SEGURADORA S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AMS 364828
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/04/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. SEGURADORA. RECEITAS FINANCEIRAS. LEI 12.973/14. ARTIGO 52. INCIDÊNCIA.

1. Cinge-se a questão dos presentes autos acerca de pleito relativo à exclusão, das bases de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, do valor correspondente às receitas financeiras auferidas em decorrência de aplicações financeiras realizadas para cumprimento de obrigações regulatórias ou de investimentos financeiros realizados por mera liberalidade, bem como à respectiva restituição/compensação.

2. Conforme já assinalado, em decisão firmada nos autos do AI 2016.03.00.001730-3/SP, em que examinava pedido de concessão de efeito suspensivo contra liminar indeferida nos autos do presente *mandamus*, em relação à incidência de PIS e COFINS sobre receitas financeiras, há que se observar que no RE 400.479/RJ, o C. STF em voto proferido pelo Exmº Ministro CEZAR PELUSO, ao tratar da evolução do conceito de faturamento afirmou que este abrangeria não apenas a venda de mercadorias e serviços, mas também todas as demais atividades integrantes do objeto social das empresas.

3. Nesse compasso, oportuno anotar que a Lei nº 12.973/14, em seu artigo 52 (o qual alterou o artigo 3º, da Lei nº 9.718/98), ampliou a conceituação de faturamento, nos mesmos moldes adotados pela legislação de regência do Imposto de Renda, *verbis*: “Art. 52 A Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.’ (...)”.

4. E o referido artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, *verbis*: “Art. 12. A receita bruta compreende: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014); II - o preço da prestação de serviços em geral; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014); III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014); IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)”.

5. Embora a ora apelante alegue que o caso apresentado nos autos refira-se aos juros sobre as suas “reservas técnicas”, distinguindo-se, portanto, da aplicação do entendimento com relação às “receitas financeiras”, reafirma-se o entendimento esposado já pelo MM. Juízo *a quo*, no sentido de que as questões devem ser tratadas de igual forma.

6. A par disso, com efeito, não se vislumbra relevância na fundamentação da impetrante quando alega que os juros percebidos das “reservas técnicas”, desde que não materializado o risco, perdem sua característica de receita operacional, visto que “desconectados” de seu objeto social.
7. Ora, o que se verifica, em razão da atividade de toda seguradora que, por certo envolve “riscos”, é que os órgãos competentes para fiscalizar os referidos entes (seguradoras) determinam que estes apliquem os valores pagos pelos segurados, como “reservas técnicas”, para, justamente, assegurar o pagamento da quantia contratada ao segurado.
8. Assim decorre clara a ilação de que os juros oriundos destas aplicações estão ligados à atividade desenvolvida pela seguradora, no conceito adotado pela Suprema Corte, “de exercício das atividades empresariais”.
9. Desse modo, não se constata qualquer ilegalidade na cobrança do PIS e da COFINS no caso apresentado nos autos, visto que perfeitamente amoldado aos dizeres da legislação em comento.
10. Destarte, diante de todo o contexto normativo e jurisprudencial, resta indene de dúvidas de que as rubricas aqui guerreadas atraem, notadamente à luz da legislação de regência, a incidência do PIS e da COFINS, nos moldes ora explicitados.
11. Precedentes desta Corte: AI 2016.03.00.000021-2/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, decisão de 13/01/2016. D.E. 19/01/2016; e AI 2015.03.00.023931-9/SP, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, decisão de 11/12/2015, D.E. 18/12/2015, entre outros.
12. Apelação a que se nega provimento.

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, 05 de abril de 2017.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de mandado de segurança em que a impetrante busca provimento jurisdicional que exclua, das bases de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, o valor correspondente às receitas financeiras auferidas em decorrência de aplicações financeiras realizadas para cumprimento de obrigações regulatórias ou de investimentos financeiros realizados por mera liberalidade, declarando-se, ainda, o direito à restituição/compensação com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, em relação aos valores recolhidos indevidamente a título de PIS e COFINS, relativamente aos períodos nos 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da presente demanda, devidamente corrigidos pela Taxa Selic.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, denegando a segurança.

Irresignada, recorreu a impetrante, reproduzindo, em apertada síntese, as alegações expendidas à inicial.

Com contrarrazões, subiram os autos este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

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

O recurso não merece prosperar.

Cinge-se a questão dos presentes autos acerca de pleito relativo à exclusão, das bases de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, do valor correspondente às receitas financeiras auferidas em decorrência de aplicações financeiras realizadas para cumprimento de obrigações regulatórias ou de investimentos financeiros realizados por mera liberalidade, bem como à respectiva restituição/compensação.

Conforme já assinalado, em decisão firmada nos autos do AI 2016.03.00.001730-3/SP, em que examinava pedido de concessão de efeito suspensivo contra liminar indeferida nos autos do presente *mandamus*, em relação à incidência de PIS e COFINS sobre receitas financeiras, há que se observar que no RE 400.479/RJ, o C. STF em voto proferido pelo Exmº Ministro CEZAR PELUSO, ao tratar da evolução do conceito de faturamento afirmou que este abrangeria não apenas a venda de mercadorias e serviços, mas também todas as demais atividades integrantes do objeto social das empresas.

Nesse compasso, oportuno anotar que a Lei nº 12.973/14, em seu artigo 52 (o qual alterou o artigo 3º, da Lei nº 9.718/98), ampliou a conceituação de faturamento, nos mesmos moldes adotados pela legislação de regência do Imposto de Renda, *verbis*:

Art. 52 A Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:
'Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.'
(...)

E o referido artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, *verbis*:

Art. 12. A receita bruta compreende: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)
I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)
II - o preço da prestação de serviços em geral; (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)
III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)
IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)

Embora a ora apelante alegue que o caso apresentado nos autos refira-se aos juros sobre as suas "reservas técnicas", distinguindo-se, portanto, da aplicação do entendimento com re-

lação às “receitas financeiras”, entendo, tal como o juízo singular, que as questões devem ser tratadas da mesma forma.

A par disso, com efeito, não se vislumbra relevância na fundamentação da impetrante quando alega que os juros percebidos das “reservas técnicas”, desde que não materializado o risco, perdem sua característica de receita operacional, visto que “desconectados” de seu objeto social.

Ora, o que se verifica, em razão da atividade de toda seguradora que, por certo envolve “riscos”, é que os órgãos competentes para fiscalizar os referidos entes (seguradoras) determinam que estes apliquem os valores pagos pelos segurados, como “reservas técnicas”, para, justamente, assegurar o pagamento da quantia contratada ao segurado.

Assim decorre clara a ilação de que os juros oriundos destas aplicações estão ligados à atividade desenvolvida pela seguradora, no conceito adotado pela Suprema Corte, “de exercício das atividades empresariais”.

Desse modo, não constato qualquer ilegalidade na cobrança do PIS e da COFINS no caso apresentado nos autos, visto que perfeitamente amoldado aos dizeres da legislação em comento.

Neste exato sentido, tem caminhado a jurisprudência desta C. Corte, conforme se verifica da decisão monocrática proferida pela Exm^o Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, nos autos do AI nº 2016.03.00.000021-2, cujos excertos ora peço vênia para transcrever, *verbis*:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LIBERTY SEGUROS S/A e INDIANA SEGUROS S/A em face de decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar formulado sob o entendimento de que a alteração legislativa não teve o condão de inovar no ordenamento jurídico, de tal forma que o conceito de faturamento abrange todas as receitas decorrentes de atividades empresariais típicas, o que, no caso das agravantes, abrange as receitas financeiras oriundas dos ativos garantidores e as aplicações livres.

(...)

É o relatório.

(...)

No caso, não vislumbro a presença dos requisitos que autorizam o deferimento do pedido formulado pelas agravantes.

Deveras, para a solução da questão que ora se põe torna-se imprescindível analisar se o PIS e a COFINS incidentes sobre as receitas cuja exigibilidade pretende ver suspensas as agravantes referem-se ao seu objeto principal.

Nesse sentido, cabe anotar que somente a partir da análise do objeto social da pessoa jurídica é possível concluir se um determinado ingresso de recurso se enquadra ou não no conceito de faturamento ou receita bruta, tendo em vista o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que faturamento corresponde à receita operacional, ou seja, receita decorrente do exercício de suas atividades empresariais. Nesse sentido:

“Recurso. Extraordinário. COFINS. Locação de bens imóveis. Incidência. Agravo regimental improvido. O conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais (RE 371258 AgR, DJ 03/10/2006).”

O conceito de faturamento acatado pelo E. STF, afastada por ora a questão atinente ao suposto alargamento indevido da base de cálculo promovida pela Lei nº 12.973/14, exclui tão somente as receitas não operacionais, aquelas não decorrentes da atividade regular explorada pela sociedade contribuinte. Assim, ao menos antes de sua entrada em vigor, a incidência do PIS e da COFINS é afastada apenas quanto às receitas não provenientes das atividades típicas e características da empresa.

No caso concreto, estão ausentes documentos que permitam aferir, com o recomendado grau de certeza, se as receitas especificadas pelas agravantes integram o faturamento, dado que ausentes os contratos sociais das mesmas. Contudo, dada sua área de atuação - empresas seguradoras - em análise sumária, verifico que, em tese, se enquadram no conceito de faturamento. Assim, no caso em tela, as autoras atuam no ramo de seguros, o qual detém, em princípio, no seu faturamento, todas as receitas decorrentes do exercício das atividades às quais encontram-se voltadas, englobando, nesse compasso, as receitas decorrentes de aplicações de reservas técnicas e capitais livres, e não somente limitando-se às operações de venda de mercadorias e prestação de serviços.

(...)

Da análise da legislação, conclui-se que, em relação às instituições financeiras ou entidades a ela equiparadas, como no caso das recorrentes e mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 12.973/14, a exclusão da incidência do PIS e da COFINS não abarca, em princípio, as receitas decorrentes de aplicações de recursos e reservas técnicas.

Ao julgar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 444.601, opostos por entidade de previdência privada, o Supremo Tribunal Federal deixou claro seu posicionamento restrito quanto aos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98, no que tange às instituições financeiras e demais sociedades equiparadas (artigo 22, § 1º, da Lei 8.212/91):

(...)

Esta Corte em relação à incidência do PIS e da COFINS sobre as atividades típicas desenvolvidas por instituições financeiras, manifestou-se nos seguintes termos:

“TRIBUTÁRIO. COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9718/98. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. RECEITAS OPERACIONAIS TÍPICAS. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

- Verifica-se que o juiz *a quo* concedeu a liminar para afastar a incidência do PIS e da COFINS nos termos do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Contra essa decisão foi interposto o Agravo de Instrumento nº 2006.03.00.060042-8, o qual foi posteriormente convertido em retido. Manejado pedido de reconsideração, foi indeferido. No entanto, referida medida foi posteriormente revogada pela sentença, cuja apelação apresentada foi recebida tão somente no efeito devolutivo. Assim, o agravo retido está prejudicado. Ainda que assim não fosse, tal recurso não foi reiterado por meio de apelo.

- A questão relativa às alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98 foi decidida pelo Tribunal Pleno da Corte Suprema, na análise do Recurso Extraordinário nº 585.235, efetuada sob o regime da Lei nº 11.418/06, concernente ao julgamento de recursos repetitivos, que entendeu que o artigo 3º, § 1º, é inconstitucional, pois ampliou a base de cálculo da COFINS e modificou o conceito de faturamento, em desrespeito ao artigo 195, inciso I e § 4º, da Constituição Federal, para nele fazer compreender a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

- Posteriormente, o próprio legislador o revogou por meio do artigo 79, inciso XII, da Lei nº 11.941/2009. Frise-se que a Emenda Constitucional nº 20/1998, que alterou o artigo 195 e colocou a receita ao lado do faturamento como base de cálculo das contribuições sociais, não pôde legitimar a lei de 1998, porque lhe é posterior.

- Ocorre que a discussão vai além. O relator do citado Recurso Extraordinário nº 585.235, Ministro Cezar Peluso, do mesmo modo que já havia asseverado em outros feitos, como no Recurso Extraordinário nº 400.479, relacionou o conceito de faturamento à ‘soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais’, com o que, no caso da impetrante - instituições financeiras e equiparadas -, o PIS e a COFINS incidem sobre as chamadas receitas financeiras, exatamente a tese defendida pela União. No entanto, os contribuintes alegam que essa cobrança é indevida, eis que o conceito de faturamento constitucionalmente adotado não abrange as receitas financeiras, mas tão somente o produto da venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. A matéria não está pacificada. Filio-me à tese segundo a qual o faturamento engloba as receitas oriundas do exercício das operações empresariais típicas.

- Esse o entendimento que melhor harmoniza-se com a Lei Maior. *A idéia de faturamento está intrinsecamente relacionada ao resultado financeiro decorrente do exercício das atividades principais das empresas, ou seja, aquelas vinculadas ao seu objeto e que se referem, em regra, à maior parcela da entrada de valores da pessoa jurídica, em respeito aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva e também aos que regem a seguridade social, como da universalidade, solidariedade e equidade na forma de participação do custeio.*

- Não há que se falar, por conseguinte, em afronta ao artigo 110 do Código Tributário Nacional, porquanto, no caso concreto, as receitas financeiras integram o faturamento da impetrante.

- Dessa forma, deve ser reconhecida a legalidade da exação sobre o faturamento da apelante, entendido este como o resultado do exercício de suas atividades típicas, razão pela qual remanescem válidas as disposições dos §§ 5º e 6º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. De outro lado, em relação ao produto decorrente da prestação de serviços outros, que não os relativos ao seu objeto social, é de rigor o reconhecimento da inexigibilidade do débito, à vista da declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 pelo Supremo Tribunal Federal.

- Apelação parcialmente provida”.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AMS 0011829-79.2006.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 12/12/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/05/2014)

...

Diante de tais elementos, ainda que afastada a questão atinente ao alegado alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS pela Lei nº 12.973/14, o entendimento que, ao menos por ora, deve prevalecer, ainda mais quando ausente comprovação documental do objeto social das agravantes, é o de que as receitas decorrentes de aplicação de capitais livres e reserva técnica enquadra-se no conceito de faturamento e deve, portanto, compreender a base de cálculo do PIS e da COFINS por elas devidos.

Ante o exposto, *indefiro* a antecipação da tutela recursal pleiteada.

(...)

(AI 2016.03.00.000021-2/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, decisão de 13/01/2016. D.E. 19/01/2016; destaques no original)

Em igual passo, o Exmº Desembargador Federal CARLOS MUTA, no AI 2015.03.00.023931-9, *verbis*:

Trata-se de agravo de instrumento ao indeferimento de liminar, em mandado de segurança, objetivando suspender “a exigibilidade do PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras oriundas dos ativos garantidores (reservas técnicas) mantidos pela agravante, cobrados, a partir de 01/01/2015, com esteio na Lei 12.973/2014, na forma do art. 151, IV do Código Tributário Nacional, bem como ordem para que ‘o agravado não realize qualquer medida violadora desse direito, como a inscrição em dívida ativa e cobrança executiva dos valores questionados, além de outros atos, tais como a inscrição do nome da agravante no CADIN ou o indeferimento do pedido de Certidão Conjunta Negativa de Débitos (artigo 205 e/ou 206 do CTN)’ (f. 17)”.

(...)

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do CPC.

Com efeito, na sumária cognição permitida à presente via recursal, não se verifica, *prima facie*, a relevância jurídica das alegações da agravante, de modo a satisfazer o requisito pertinente à concessão da liminar pretendida.

De fato, consolidada jurisprudência do STF quanto à abrangência das receitas advindas das atividades típicas da empresa no conceito de faturamento e receita bruta (grifos nossos):

AI 859004 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 20/10/2015:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. VALORES TRANSFERIDOS A TERCEIROS. ARTIGO 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/1998. INTERPRETAÇÃO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE EXTRAORDINÁRIA. FATURAMENTO. RECEITA DECORRENTE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES EMPRESARIAIS. ARTIGO 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.”

RE 853463 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJeDE 18/09/2015:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PIS E COFINS. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência da Corte, *incide Pis e Cofins sobre a totalidade dos valores auferidos no exercício das atividades empresariais do contribuinte.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

RE 827484 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 30/04/2015:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Prequestionamento. Ausência. Tributário. Prazo prescricional para repetição. LC nº 118/05. Taxa de administração de cartão de crédito. PIS e COFINS. Receita bruta e faturamento. Sinônimos. Precedentes.

1. Não se admite o recurso extraordinário quando o dispositivo constitucional que nele se alega violado não está devidamente prequestionado. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF.

2. A orientação firmada no RE nº 566.621/RS reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118/05, considerando válida a aplicação do novo prazo de 5 anos, tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, situação na qual se enquadra o presente feito.

3. *O STF firmou o entendimento de que a receita bruta e o faturamento, para fins de definição da base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, assim entendido como a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.*

4. Agravo regimental não provido.”

RE 371258 AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 27/10/2006:

“RECURSO. Extraordinário. COFINS. Locação de bens imóveis. Incidência. Agravo regimental improvido. *O conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*”.

(...)

Na espécie, insurge-se a agravante, empresa que “tem por objeto social operar em resseguro e retrocessão” (nos termos do artigo 3º de seu contrato societário, f. 32), com a inclusão, na base de cálculo do PIS e da COFINS, dos juros percebidos por investimentos destinados à manutenção de seus ativos garantidores.

A aplicação financeira de valores pelas seguradoras e resseguradoras, para fim de constituição de reservas técnicas à garantia de suas obrigações, é investimento compulsório, determinado pela legislação de regência da matéria.

(...)

Claro, portanto, que a aplicação financeira de valores para a manutenção de ativo garantidor não é investimento discricionário, mas, pelo contrário, integra a própria atividade das seguradoras, enquanto requisito do próprio exercício empresarial, na forma em que regulamentado pelo ordenamento pátrio.

Nestes termos, o estabelecimento de reserva técnica é, a toda vista, atividade típica da segu-

radadora (ou resseguradora), receita que se afigura, no caso em exame, de cunho operacional. Perceba-se, neste liame, que não há identidade entre “atividade típica” e “atividade-fim”. Assim, a agravante não tem por objetivo a aplicação financeira de ativos, mas por certo se trata de atividade inerente ao seu exercício empresarial.

Consolidada a jurisprudência regional neste sentido:

AMS 00195390920134036100, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 de 06/03/2015: “TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. PIS E COFINS. LEI Nº 9.718/98. SEGURADORA. ART. 22, § 1º, LEI 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. ATIVOS GARANTIDORES DE RESERVA TÉCNICA. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. INCIDÊNCIA. SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 91 DA SRF EM SÃO PAULO.

1. Em relação à aplicação da Lei nº 9.718/98 às empresas de seguros privados, como é o caso da impetrante, o C. STF manteve incólume o *caput* do art. 3º, nos termos do RE 357.950.
2. Em suma, as seguradoras não são beneficiadas pela declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, pelo Supremo Tribunal Federal, por se sujeitarem a regramento próprio (arts. 2º e 3º, *caput* e parágrafos 5º e 6º, da Lei 9.718/98).
3. Especificamente no caso de empresas de seguros privados, cumpre ressaltar, que a própria Lei nº 9.718/98, em seu art. 3º, § 6º, II, prevê quais são as deduções e exclusões possíveis na determinação da base de cálculo do PIS e da Cofins, a saber: o valor referente às indenizações correspondentes aos sinistros ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de cosseguro e resseguro, salvados e outros ressarcimentos.
4. na hipótese dos autos, a incidência das contribuições ao PIS e à Cofins sobre as receitas financeiras oriundas dos Ativos Garantidores de Reservas Técnicas é medida que se impõe, pois tais valores resultam da atividade empresarial típica da seguradora, resultantes de parte dos prêmios captados de seus clientes e investidos no mercado financeiro, integrando, desta feita, o seu faturamento.
5. Tal entendimento restou consignado na Solução de Consulta nº 91, publicada pela Superintendência da Receita Federal em São Paulo, segundo a qual as receitas de seguradoras geradas com a aplicação de valores reservados ao pagamento de sinistros são tributadas pelo PIS e pela Cofins.
6. Segundo interpretação dada pela Receita Federal, o rendimento proveniente das reservas técnicas é resultado de uma obrigação inerente ao negócio das seguradoras e, portanto, faz parte das receitas operacionais, sobre as quais incide PIS e Cofins.
7. Resta, portanto, prejudicado o pedido de restituição/compensação, face à inexistência do indébito.
8. Apelação improvida.”

AC 00034253920064036100, Rel. Juiz Conv. MARCELO GUERRA, e-DJF3 de 06/02/2015: “CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COFINS. LEI Nº 9.718/98, ARTIGO 3º, §1º. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SEGURADORA. RECEITAS FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO E CORREÇÃO MONE-TÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. A matéria de fundo já foi objeto de pronunciamento do C. STF, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357950, 390840, 358273 e 346084, no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718 /98, que instituiu nova base de cálculo para a incidência de PIS (Programa de Integração Social) e COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social).
2. Pacificada, no âmbito do C. Supremo Tribunal Federal, após ampla discussão, a questão da inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei 9.718 /98, subsiste a exigibilidade da COFINS, nos termos da Lei Complementar 70/91, e a partir de 1º/2/2004 de acordo com a Medida Provisória nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833, de 29/12/2003.
3. O Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, em 04.08.2011, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, 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, só vale a partir da entrada em vigor da lei complementar, isto é, 09.06.2005, elegendo como elemento definidor o ajuizamento da ação.

4. Considerando que as parcelas aqui combatidas, relativamente ao recolhimento da COFINS, atinem ao período de janeiro/2001 (vctº 15/02/2001) a dezembro/2005 (fls. 55 e ss.), e que a presente ação foi ajuizada em 15/02/2006, não há que se falar na incidência do lustro prescricional.

5. O faturamento da autora se compõe de todas as receitas decorrentes do exercício das atividades às quais se dedica, o que, à evidência, englobam as receitas financeiras, não se limitando às operações de venda de mercadorias e de prestação de serviços.

6. Precedentes da Turma julgadora.

7. Compensação a ser efetuada no moldes da Lei nº 10.637/02 e artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

8. Correção monetária a ser realizada consoante jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça - REsp 952.809/SP.

9. Honorários advocatícios: sucumbência recíproca.

10. Apelação da autora a que se dá parcial provimento.

11. Apelação da União a que se julga prejudicada.”

(...)

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

(AI 2015.03.00.023931-9/SP, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, decisão de 11/12/2015, D.E. 18/12/2015; destaques no original)

Destarte, diante de todo o contexto normativo e jurisprudencial, resta indene de dúvidas de que as rubricas aqui guerreadas atraem, notadamente à luz da legislação de regência, a incidência do PIS e da COFINS, nos moldes ora explicitados.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo a r. sentença em seus exatos termos.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

Sentenças



EXECUÇÃO FISCAL

0016437-63.2009.4.03.6182

Exequente: UNIÃO – FAZENDA NACIONAL
Executados: P. S. SERVIÇOS MÉDICOS LTDA. E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA FISCAL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: RENATO LOPES BECHO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/03/2017

A Procuradoria da Fazenda Nacional ajuizou a presente execução fiscal em 12/05/2009 em face de P. S. Serviços Ltda., no valor de R\$ 10.182.675,42 (dez milhões, cento e oitenta e dois mil, seiscentos e setenta e cinco reais e quarenta e dois centavos), objetivando a cobrança de COFINS referente a janeiro de 2006 a novembro de 2006, fevereiro de 2007 a setembro de 2007 e de novembro de 2007 a dezembro de 2007 (fls. 02 a 45).

A citação da executada, determinada em 01/06/2009 (fls. 47), foi positiva, tendo ocorrido em 30/06/2009 (fls. 49), sendo que diversas diligências para penhora de bens foram negativas, o que motivou a exequente a requerer a inclusão na lide de LUIZ ROBERTO SILVEIRA PINTO e EDGAR BOTELHO (fls. 78 e 79), ante a indicação de dissolução irregular (súmula 435 do e. STJ), o que foi deferido a fls. 100.

A executada indicou seu correto endereço (fls. 102 e 104), bem como sua nova razão social (FOBOS SERVIÇOS E INVESTIMENTOS LTDA.), sem que houvesse, contudo, bens penhoráveis (fls. 113).

A exequente requereu a penhora de bens via BACENJUD (fls. 119 e 120), o que foi deferido (fls. 127), cujo resultado foi negativo (fls. 132).

A exequente, então, informou que o débito já ultrapassava treze milhões de reais, requereu o reconhecimento de *grupo econômico* entre a executada e a SAMCIL, ou seja, a inclusão no polo passivo do espólio de LUIZ ROBERTO SILVEIRA PINTO e das empresas FORTALEZA AGROINDUSTRIAL LTDA, TERRAS ALTAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, DOXA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA e LL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SA, alegando fraude (art. 1150 e 1151 do Código Civil e art. 32 da Lei nº 8.934/1994), confusão patrimonial e abuso da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil) e responsabilidade tributária (artigos 124, I, e 135, III, do CTN); a tramitação do feito em segredo de justiça, com base na juntada de documentos sigilosos; e o arresto de bens que indicou (fls. 134 a 144, com documentos de fls. 145 a 419).

As inclusões no polo passivo foram deferidas em 04/03/2015, sendo que a penhora de bens deveria aguardar a nomeação pela parte, após as citações (fls. 420).

Mandado de citação de FORTALEZA AGROINDUSTRIAL LTDA expedido a fls. 422.

A executada peticiona nos autos, requerendo o registro de sua nova designação social, historiando sobre o GRUPO SAMCIL e indicando haver bens (fls. 424 a 429, com documentos de fls. 430 a 842). Em petição de uma lauda, a exequente considera que “as alegações da executada não merecem créditos, devendo o feito seguir adiante” (fls. 845-v).

O juízo entendeu que a matéria é própria para discussão em embargos (fls. 851).

Mandados de citação expedidos em 24/02/2016: do ESPÓLIO DE LUIZ ROBERTO SILVEIRA PINTO a fls. 852; de TERRAS ALTAS e DOXA a fls. 853; de LL EMPREENDIMENTOS a fls. 854.

FOBOS SERVIÇOS E INVESTIMENTOS LTDA. (sucessor de P. S. SERVIÇOS MÉDICOS LTDA) e o ESPÓLIO DE LUIZ ROBERTO SILVEIRA PINTO peticionam nos autos, requerendo o registro da nova denominação social e a juntada de procuração (fls. 855 e 856).

Mandado de citação do espólio foi cumprido em 03/03/2016 (fls. 864).

Mandado de citação da LL EMPREENDIMENTOS retornou negativo (fls. 868).

TERRAS ALTAS e DOXA peticionaram em 12/04/2016, juntando procuração (fls. 869 e 871). O mandado de citação fora cumprido em 02/04/2016 (fls. 874) e não foram localizados bens pelo Oficial de Justiça, conforme certidão exarada em 13/04/2016 (fls. 875).

TERRAS ALTAS apresenta, em 27/04/2016, exceção de pré-executividade (fls. 876 e segs.), requerendo a suspensão do feito contra si, ilegitimidade de parte, prescrição para o redirecionamento do feito e instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Juntou documentos (fls. 901 a 956).

Também em 27/04/2016, DOXA apresenta igual exceção de pré-executividade (fls. 959 e segs.), requerendo a suspensão do feito contra si, ilegitimidade de parte, prescrição para o redirecionamento do feito e instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Juntou documentos (fls. 984 a 1094).

DOXA e TERRAS ALTAS juntam cópia de agravo de instrumento a fls. 1097 a 1129 contra a decisão que determinou suas inclusões no polo passivo.

A exequente peticiona nos autos (fls. 1132 e segs.), requerendo a rejeição das exceções de pré-executividade e a penhora de bens via BACENJUD.

Mandado de citação de FORTALEZA AGROINDUSTRIAL LTDA retornou negativo (fls. 1143), com indicação de que a fazenda teria sido vendida em 2011.

LL INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A EM LIQUIDAÇÃO JUDICIAL peticiona nos autos (fls. 1145 e segs.), informando sua liquidação extrajudicial pela AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS havida em 09 de agosto de 2016. Juntou documentos (fls. 1147 a 1149).

Feito breve relato, decido.

Conforme a descrição acima, este Juízo indeferiu a exceção de pré-executividade de FOBOS SERVIÇOS E INVESTIMENTOS LTDA, atual designação da executada originária (P. S. SERVIÇOS MÉDICOS LTDA.) a fls. 851, sem haver notícia de a decisão ter sido agravada e, muito menos, do indigitado recurso ter sido provido. Isto posto, seus argumentos de defesa serão apreciados quando forem propostos os respectivos embargos à execução fiscal, após a garantia do juízo.

Quanto a TERRAS ALTAS e a DOXA, não há decisão a respeito, pelo que passo a analisá-las.

I – Do pedido de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. A questão do direito intertemporal

Pelas petições de fls. fls. 876 e segs. e 959 e segs., que se apresentam idênticas ao Juízo, alega-se que um dos sócios das excipientes, LUIZ ROBERTO HORST SILVEIRA PINTO, seria empresário bem sucedido do ramo imobiliário, cujas empresas não teriam integrado o GRUPO SAMCIL, sendo filho do fundador do referido GRUPO; informa que a SAMCIL sofreu intervenção extrajudicial da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Reputam lícitas e legítimas as aquisições realizadas; prescrito o redirecionamento do feito para corresponsáveis; não ter havido dissolução irregular de sociedade; a existência de bens suficientes para liquidação

do crédito tributário da devedora; e, pedem a suspensão do feito e instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código de Processo Civil de 2015, artigo 133 a 137 (fls. 894 a 899 e 977 a 982).

A apreciação do pedido de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica – que, caso instaurado, será o procedimento onde as alegações apresentadas serão discutidas e apreciadas – é pressuposto processual para o enfrentamento dos demais pedidos. Passo, portanto, a analisá-lo, a partir da discussão do direito intertemporal envolvido.

Do relatório acima, depreende-se que a inclusão dos excipientes no polo passivo foi determinada em 04/03/2015 (fls. 420), e efetivada em 02/04/2016 (fls. 874), com a primeira manifestação de referidas partes em 12/04/2016. Aqui há a questão de direito intertemporal, pois a ordem foi dada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 (que não previa o indigitado incidente), mas cumprida quando o Código de Processo Civil de 2015 (que prevê o incidente) já estava vigente. Se há dúvida, ela deve ser resolvida com a aplicação dos princípios constitucionais que imperam em nosso ordenamento jurídico. No caso, o *devido processo legal*, com os *meios de defesa e recursos disponíveis* em nosso ordenamento jurídico deve se fazer presente. Até porque eventual acolhimento do incidente não trará nenhum prejuízo para o exequente, pois os excipientes já fazem parte da lide. E caso haja risco para o crédito público em discussão, há instrumentos processuais disponíveis para os advogados públicos (como a Medida Cautelar Fiscal, por exemplo). Por outro lado, a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica trará ampla possibilidade de defesa para os apontados como corresponsáveis, cuja fundamentação passa pelo artigo 50 do Código Civil. Assim, tenho que o novo CPC rege o ato, posto cumprido em sua vigência.

Para analisar o incidente propriamente dito, há que se tecer considerações sobre a responsabilização que se está a imputar. Senão vejamos.

II – Da caracterização de grupo econômico

Conforme dito acima, a exequente requer a caracterização de grupo econômico entre a executada e as empresas que aponta, com fundamento nos artigos 124, I, e 135, III, do CTN, e 50 do Código Civil, o que atrairia o artigo 30, IX, da Lei nº 8.212/1991. Vejamos a pertinência jurídica do pedido.

Na salutar busca dos credores fiscais por maior efetividade na cobrança de tributos, um dos assuntos que passaram a ser abordado é o da responsabilidade tributária de empresas pertencentes a um mesmo *grupo econômico*. Quando caracterizada essa entidade, espera o sujeito ativo da relação jurídica tributária ampliar o rol de executados, abrangendo outras pessoas que não apenas o sujeito passivo da referida relação e, assim, facilitando ou garantindo a satisfação do erário.

Mas a cobrança generalizada desorganiza o sistema tributário nacional, distorcendo o fato gerador (ou a hipótese de incidência ou, ainda, a regra matriz constitucional) dos tributos, cujo desenvolvimento acadêmico demonstra os grandes avanços da doutrina do direito tributário brasileiro. Com a ampla *responsabilização*, passamos a ter pessoas físicas respondendo por COFINS, lojas respondendo por ITR, empresas financeiras respondendo por IPI e outras hipóteses que tais. Há que se redobrar as cautelas, por isso, na ampla responsabilização ou caracterização de *grupo econômico*.

Ao que parece, existem duas situações jurídicas autorizativas para a caracterização de grupo econômico, uma expressa e outra implícita na legislação de regência. A primeira delas é a apontada disposição da lei previdenciária. A outra estaria no Código Tributário Nacional, também já indicada.

III – Grupo econômico na legislação previdenciária

A responsabilização previdenciária ou securitária de grupo econômico está positivada no art. 30 da Lei nº 8.212/1991, conhecida como *Lei de Custeio da Seguridade Social*. Considerando que, de nossa parte, reconhecemos a natureza tributária de ditas contribuições, especificamos que o dispositivo legal indicado compõe a *legislação tributária*. Ele possui a seguinte redação:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (redação dada pela Lei nº 8.620/1993)
[...]

IX – as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei.

Pela redação dada, o primeiro aspecto a ser considerado é se a dívida fiscal cobrada está fundada na Lei de Custeio da Seguridade Social. Para tanto, nos casos concretos, deve-se consultar a Certidão de Dívida Ativa que fundamenta a execução fiscal. Para que o dispositivo legal seja utilizado, é necessário que a cobrança se refira a um dos pressupostos estabelecidos na indicada lei. É o caso destes autos (cobrança de COFINS).

A verificação da execução se basear na Lei de Custeio da Seguridade Social é imprescindível, já que o legislador restringiu o texto legal a apenas alguns dos diversos tributos de nosso ordenamento jurídico. Assim, em uma ação de cobrança de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, o comando autorizativo da responsabilização de grupo econômico não poderá ser usado. Lembramos, a propósito, que o Código Tributário Nacional impede que a interpretação por analogia resulte em tributo não previsto em lei (art. 108, I e § 1º).

Reconhecida a pertinência da referência legal, o próximo aspecto a ser considerado é a dimensão do comando inserido no inciso IX do art. 30, citado. Em que dimensão as empresas que integram um determinado grupo econômico responderão, solidariamente, pelas obrigações tributárias para com a Seguridade Social? Bastará que se identifique (i) a existência do tributo não pago e (ii) a participação em grupo econômico para que a subsunção esteja presente? Em outros termos, dado que há contribuição previdenciária não recolhida e exista mais de uma empresa é o suficiente para caracterizar grupo econômico? O Estado pode cobrar de qualquer dessas empresas? Se a resposta for positiva, teremos que o legislador brasileiro passou a desconsiderar, para fins de cobrança previdenciária, a personalidade jurídica que caracteriza cada uma das sociedades que compõem um grupo econômico.

Parte da dogmática de referência indica que caberá à doutrina e à jurisprudência fixar os limites de aplicação do texto legal. Assim, é o entendimento de Wladimir Novaes Martinez (*Comentários à lei básica da previdência social*, tomo I, 7. ed. São Paulo, LTr, 2010, p. 446):

Trata-se de dispositivo de grande alcance e justifica descrição mais pormenorizada da intenção do legislador (realizar a receita previdenciária), incluindo a concepção de grupo econômico, a natureza do vínculo fiscal, o benefício da ordem e as condições deflagradoras.

Em seu art. 45, o RCPS preferiu reeditar o texto legal, sem maiores esclarecimentos quanto à aplicação da norma. Abriu, com isso, espaço à jurisprudência e, em particular, à doutrina, obrigadas a examinar o assunto como direito excepcional.

Assim, resta evidente a necessidade de procedermos à ampla interpretação do texto legal, que não admite simples subsunção, sob pena de descaracterizar, para fins de cobrança de

tributos destinados à Seguridade Social, a personalidade jurídica das empresas pertencentes a um grupo econômico. Por sinal, são úteis as palavras do autor para a caracterização empresarial analisada (Wladimir Novaes Martinez, *Comentários à lei básica da previdência social*, tomo I, 7. ed. São Paulo, LTr, 2010, p. 446):

Grupo econômico pressupõe a existência de duas ou mais pessoas jurídicas de direito privado, pertencentes às mesmas pessoas, não necessariamente em partes iguais ou coincidindo os proprietários, compondo um conjunto de interesses econômicos subordinados ao controle do capital. [...] O importante, na caracterização da reunião dessas empresas, é o comando único, a posse de ações ou quotas capazes de controlar a administração, a convergência de políticas mercantis, a padronização de procedimentos e, se for o caso, mas sem ser exigência, o objetivo comum.

Ilustra bem o aspecto do controle unificado de decisões Marcus Orione Gonçalves Correia (*Legislação previdenciária comentada*, 2. ed. rev. e at. São Paulo: DPJ, 2009, p. 181), aduzindo:

Controle é a possibilidade conferida à empresa dirigente de reger os rumos das empresas dirigidas, inclusive a partir da disposição de seus meios de produção (capital, bens e trabalho) para o melhor sucesso das finalidades a serem alcançadas pelo grupo econômico. A maneira mais imediata de se verificar o controle é a preponderância acionária. Todavia, não é a única, sendo que esta deve ser extraída de todos os indícios possíveis de ingerência na destinação dos fatores de produção, tais como a identidade de sócios entre as empresas componentes do grupo; diversas empresas instaladas no mesmo local e com uma mesma finalidade etc. Direção confunde-se com a efetivação ou materialização do controle (poder diretivo em sentido estrito, poder fiscalizatório e poder disciplinar). Administração é a complexidade de órgãos que compõem a empresa e seus encargos administrativos; assim, dizer que uma empresa é administrada por outra significa reconhecer que é subordinada aos órgãos dessa outra.

A origem do dispositivo legal parece ser o Direito do Trabalho. Na Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, art. 2º, § 2º, consta que:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

A fonte legal primeira para o grupo econômico é indicada Marcus Orione Gonçalves Correia (*Legislação previdenciária comentada*, 2. ed. rev. e at. São Paulo: DPJ, 2009, p. 180-181), que comenta:

Do conceito legal extraem-se alguns requisitos essenciais à caracterização da idéia de grupo econômico: a) existência de vários participantes; b) personalidade jurídica própria de cada participante; c) existência de relação de dominação entre as empresas; d) natureza econômica da atividade.

A respeito dos dois primeiros requisitos apontados, vale dizer que, apesar de se verificar que cada membro do grupo econômico contrata seu pessoal, sendo o sujeito aparente da relação de emprego, em verdade o empregador real é o próprio grupo econômico – teoria da descon sideração da personalidade jurídica dos membros do grupo econômico para fins de satisfação dos direitos trabalhistas, sendo de se destacar que a *disregard doctrine* encontra-se, hoje, positivada no art. 50 do Código Civil vigente.

A origem trabalhista da caracterização de grupo econômico parece vir somar a outras medidas de cobrança do crédito fiscal, sendo a maior delas o BACENJUD. Tais eventos indicam que o credor tributário se equipara ao credor trabalhista, vendo-se como *hipossuficiente* na relação tributária. Naquele ramo da didática jurídica, ante a considerada desproporção de forças entre patrões e empregados, a hipossuficiência desse é compensada por um tratamento jurídico que lhe favoreça.

A mera transposição de meios de cobrança trabalhistas para a relação tributária se resente dessa caracterização de hipossuficiência pois, a toda prova, o Estado não é hipossuficiente em relação ao devedor tributário (ainda que o tributo seja destinado à seguridade social). A administração tributária tem todo o arcabouço normativo e estrutural disponível para bem identificar os sujeitos das relações econômicas, bem como a dimensão fática de suas ações.

Mais importante que nossa visão pessoal de tais fenômenos, destaca-se, na origem da caracterização de grupo econômico, a presença da desconsideração da personalidade jurídica, positivada no art. 50 do Código Civil, como um dos elementos legais a serem considerados pelo intérprete/aplicador do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991. Na indicada legislação civil consta:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

O primeiro pressuposto legal é essencial para a desconsideração da personalidade jurídica: o abuso da personalidade jurídica. Sem a presença desse abuso, o comando legal confirma como regra do ordenamento jurídico brasileiro a personificação jurídica de cada sociedade. Mas, quando houver desvio de finalidade (a pessoa jurídica foi criada para o fim de desenvolver certa atividade econômica e não o faz) ou confusão patrimonial (a personalidade jurídica ser usada apenas para lesar os credores, sem que, de fato, exista diferença patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios).

Nesses termos, os credores fiscais, ao requererem o redirecionamento da execução fiscal de um devedor para outro ou outros do mesmo grupo econômico, devem indicar a ocorrência de abuso da personalidade jurídica.

Além disso, acreditamos que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica das empresas que componham um grupo econômico, em se tratando da cobrança de créditos de natureza tributária, como é o caso das contribuições para a Seguridade Social, passa pelos dispositivos do Código Tributário Nacional, nos termos como disposto na Constituição Federal (art. 146, III, a). Segundo nosso ponto de vista, desgarrados que estamos da simples interpretação gramatical, quando o constituinte referiu-se a *contribuinte* no texto indicado, devemos considerar o *sujeito passivo*.

Assim, a sujeição passiva tributária é matéria reservada à lei complementar, que veicule as normas gerais em matéria de legislação tributária (CF, art. 146, III, a). No mesmo sentido é a interpretação do egrégio Supremo Tribunal Federal, como será visto.

Nesse sentido, lançando-nos no Código Tributário Nacional, desde logo vem à lembrança o art. 121, cujo parágrafo único distingue as duas classes de sujeitos passivos expressamente referidos pelo legislador (uma terceira classe, reconhecida na doutrina como *substituição tributária*, é referida como *responsabilidade* nos textos legais). Confira-se:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Assim, temos a distinção, no nível da legislação complementar, de contribuinte e responsável. O primeiro realiza o fato imponible (fato gerador concreto), enquanto o segundo é indicado pela lei sem que tenha realizado o acontecimento no mundo físico ou no mundo jurídico que fez nascer a obrigação tributária. Seria o caso do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991.

Considerando que o primeiro embasamento para a caracterização de grupo econômico está no art. 30 da Lei de Custeio da Seguridade Social, *prima facie* o referido comando cumpre o previsto pela lei de normas gerais de legislação tributária (inciso II do parágrafo único do art. 121 do CTN). Em outros termos, conforme vimos, a Constituição Federal exige a disciplina dos sujeitos passivos mediante normas gerais de legislação tributária, veiculada por lei complementar. Assim, considerando que o CTN (que tem força de lei complementar) estabelece, como norma geral, que são responsáveis “as pessoas expressamente designadas por lei”, o art. 30 da Lei nº 8.212/1991 encontraria respaldo hierárquico suficiente.

Todavia, se o legislador ordinário puder considerar *qualquer pessoa como responsável tributário*, ele terá suplantado outras construções constitucionais, notadamente a regra matriz de incidência dos tributos. Em outras palavras, se a Constituição indica que a atividade desenvolvida por “a” possa ser tributada, e a lei ordinária estabelece que “b” deverá recolher tal tributo, a disciplina constitucional terá sido vazia de significado.

Assim, se a Constituição autoriza a instituição de tributo sobre *operações de circulação de mercadoria*, imagina-se que a cobrança recairá sobre quem realizou a operação indicada. Por exemplo, uma pessoa jurídica. Mas, se a lei ordinária estabelecer que o imposto sobre *operações de circulação de mercadoria* puder ser exigido do sócio da empresa (e não da pessoa jurídica), teremos a hipótese de a Constituição autorizar a tributação sobre “a” e a lei estabelecer a cobrança sobre “b”. Isso porque o *sócio* não se confunde com a *sociedade*. Aceita essa transmutação, talvez também fosse possível exigir tributo de um vizinho, de um parente, *de outra empresa próxima...* Imaginamos a desorganização econômica que adviria se um banco fosse levado a recolher ICMS devido pelas operações de uma loja pelo fato de que ambos têm um sócio em comum. Não é esse quadro fático que vislumbramos dentro do *sistema constitucional tributário brasileiro*.

Para que tal arbitrariedade não possa ser cometida, estabeleceu o legislador, no Código Tributário Nacional, um dispositivo de caráter geral, típico das já referidas normas gerais de legislação tributária. Senão vejamos. Estabelece o CTN que:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Submetendo o art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991 ao artigo 128 do CTN, devemos destacar, como núcleo do comando, a expressão “[pessoa] vinculada ao fato gerador da respectiva

obrigação”. Para não tergiversarmos de nosso tema central, apresentamos – desde logo – uma situação que, a nosso sentir, bem exemplifica a autorização indicada. O tradicional *diferimento* do tributo, notadamente sobre a produção agrícola, indica pessoas vinculadas ao fato gerador da obrigação. Assim, o fazendeiro não recolhe o ICMS ao entregar sua produção para a indústria ou para o atacadista. Estes recolherão o tributo devido na operação anterior através do diferimento, justamente porque ambos participam, estão vinculados ao fato imponible.

Destacamos que nesse exemplo, não há vinculação direta ou pessoal entre o fazendeiro e a indústria ou o comércio atacadista. A vinculação não se dá entre tais pessoas, mas sim quanto ao *objeto* das relações econômicas indicadas.

O dispositivo legal citado (art. 128 do CTN) autoriza, a nosso sentir, também a tributação na fonte, que vincula o pagador e o receptor de valores. Assim, o trabalhador e seu patrão têm vínculo no fato gerador, o comprador e o vendedor da mesma forma, o mesmo acontecendo entre a instituição financeira e o tomador de crédito etc.

A vinculação entre pessoas que realizam o fato gerador é uma importante distinção entre a caracterização de grupo econômico para fins trabalhistas e para fins fiscais. Como vimos na legislação (CLT) citada anteriormente, parece que, para fins trabalhistas, caracteriza grupo econômico a direção, controle ou administração comum de mais de uma pessoa jurídica. A doutrina, segundo interpretamos, não exige a igualdade de participação societária. A legislação tributária, exigindo a vinculação entre o fato gerador, é mais restritiva.

Imaginemos, nesse contexto, três empresas distintas, todas sociedades anônimas com capital em bolsa de valores, mas que tenham um mesmo sócio controlador, que participe da administração de todas e que elas tenham a presidência no mesmo prédio. Consideremos, para fins ilustrativos, que uma seja petroleira, outra mineradora e a terceira uma operadora de portos. Para fins trabalhistas, talvez a Justiça do Trabalho possa aceitar uma ação de cobrança de horas extras de quaisquer das empresas. Contudo, para fins tributários, provavelmente não seja possível. Será necessário pensarmos em uma relação econômica específica.

Para deixarmos nosso exemplo mais atraente, vamos supor que a empresa petroleira esteja à beira da ruína, devendo bilhões de reais, a empresa mineradora esteja em situação equilibrada e a operadora de portos seja superavitária, mas seu superávit seja proporcional ao seu valor (na casa de milhões de reais, não de bilhões). Poderá o fisco exigir da operadora de portos o pagamento de qualquer parte ou de toda a dívida tributária da petroleira? Parece que não. Todavia, sob uma operação específica, por exemplo, uma taxa incidente sobre a exportação de petróleo por via portuária, devida antes do embarque do produto, talvez seja possível o fisco exigir a taxa de exportação do vendedor ou do operador do porto.

Agora, se o fisco puder exigir o ISS eventualmente devido pelo porto da mineradora, não teremos mais um *sistema tributário*, mas uma *desorganização tributária*. Não é isso que vemos em nossa *ordem* constitucional.

O destaque dado, até aqui, restringiu-se à *responsabilidade tributária*. Ela admite, segundo entendemos, três tipos distintos: a solidariedade, a subsidiariedade e a pessoalidade, cada qual com efeitos distintos. Conforme vimos, a responsabilidade estipulada no art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991, é na modalidade *solidariedade*. Ela também é, genericamente, autorizada no Código Tributário Nacional que estipula:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

O efeito, quando da caracterização da responsabilidade do grupo econômico, pela solidariedade, é justamente a ausência de benefício de ordem. Por ele, em casos que tais, o credor poderá direcionar a execução fiscal contra qualquer das pessoas jurídicas de determinado grupo.

III.1 – A submissão das disposições de natureza tributária na Lei nº 8.212/1991 ao Código Tributário Nacional

No terreno de caracterização de grupo econômico, para fins de cobrança de tributo, é imperioso considerar a submissão da Lei de Custeio da Seguridade Social com os comandos do Código Tributário Nacional, conforme já estipulado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal. De fato, no Recurso Extraordinário nº 562.276-PR, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, restou pacificado que:

2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128.

3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente (Votação unânime, j. 3.11.2010, DJe n. 27, publ. 10.02.2011).

A propósito, há que se registrar o teor da Súmula Vinculante nº 8, da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, exarada nos seguintes termos:

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

A inconstitucionalidade dos referidos artigos da Lei de Custeio da Seguridade Social advém de suas incompatibilidades com o Código Tributário Nacional que, conforme assentado, tem força de lei complementar (CF, art. 146, III).

Pelo que se depreende das considerações acima apresentadas, não nos parece ser o caso, desde logo, de consideração da inconstitucionalidade do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991. Basta que o dispositivo legal receba a interpretação sistemática que o compatibilize com o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, parece ser imprescindível, em nosso sistema tributário, que, para a aplicação do art. 30, IX, da Lei de Custeio da Seguridade Social, as empresas envolvidas do mesmo grupo econômico tenham atuado conjuntamente, de alguma forma, para permitir que o fato gerador em concreto tenha sido realizado.

O caminho aqui trilhado parece estar em consonância com o decidido pelo egrégio Supe-

rior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISS. LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ entende que existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.

2. A pretensão da recorrente em ver reconhecido o interesse comum entre o Banco Bradesco S/A e a empresa de leasing na ocorrência do fato gerador do crédito tributário encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

Agravo regimental improvido (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 21.073 – RS, rel. Min. Humberto Martins, 2. T., u., j. 18/10/2011).

Pelo exposto, a Corte exige – corretamente – que seja verificado o fato (gerador) impositivo que fez surgir o crédito tributário. Não basta a mera participação em grupo econômico para autorizar o redirecionamento da execução fiscal ou a propositura da ação em face de outra pessoa jurídica que não o sujeito passivo contribuinte.

IV – Grupo econômico implícito no Código Tributário Nacional

A segunda hipótese para a caracterização de grupo econômico para fins de responsabilidade tributária parece ser mais abrangente, sob o aspecto do tributo cobrado. Sua autorização, supomos, está implícita do CTN.

A fundamentação aparente já foi indicada, de passagem: o CTN, art. 124, I. Por esse texto, já citado, também aqueles que possuam *interesse comum* no fato gerador responderão na qualidade de responsável tributário, ainda que não estejam registrados como contribuintes. Relembremos o texto legal (CTN):

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

O que é *interesse comum* no fato impositivo? Conforme já respondemos alhures, vendedor e comprador não têm interesse comum, pois um quer o preço, enquanto o outro quer o produto, por exemplo.

Interesse comum, para nós, é quando mais de uma pessoa ocupa o mesmo polo da relação econômica que faz surgir a obrigação tributária. Assim, no imóvel em que haja vários proprietários, haverá *interesse comum*. Pensemos na hipótese de um edifício de diversos pavimentos, com diversas unidades autônomas, cada qual com um dono. Em relação ao terreno edificado, todos eles terão *interesse comum*, pois todos são proprietários, cada qual de sua unidade, construída do mesmo terreno.

No caso de grupo econômico, *salvo melhor juízo*, não está presente o interesse comum indicado no inciso I. A visão que temos da existência de mais de uma pessoa jurídica, sujeita a um mesmo comando, mas que possam ter sócios distintos, nos termos como aceito atualmente em nosso ordenamento jurídico, não permite que vislumbremos, sempre e em tese, o interesse comum em todas as atividades de um grupo econômico.

Na busca por exemplos que possam aclarar nosso pensamento, lembramo-nos de algumas grandes concentrações de empresas em ramos industriais, como de cervejas e chocolates, autorizadas pelo CADE posto que partícipes do mercado global, que permanecem com pessoas jurídicas distintas dentro do território nacional, ainda que componentes do mesmo grupo econômico. Assim, tratando do assunto em tese, temos dúvida se dois produtores que localmente *concorrem entre si*, ainda que partícipes do mesmo grupo econômico, possuam o “interesse comum” indicado pelo legislador complementar. Se assim o for, os tributos devidos por uma empresa poderão ser exigidos de outra, sendo que, como vimos, não se exige da administração tributária verificar a composição societária de cada uma das empresas que componham o referido *grupo econômico*. Se assim o for, salta aos olhos a evidente *injustiça* na cobrança dos tributos, ao arrepio do Texto Constitucional (art. 170, IV, *in exemplis*).

A desconsideração da personalidade jurídica, simplesmente por comodidade do fisco, de pessoas jurídicas distintas, mas partícipes do mesmo grupo econômico, viola a própria personificação das sociedades, estabelecida e autorizada pelo legislador civil. Há que se recordar que quando o legislador excepcionou, no art. 50 do Código Civil, a despersonalização, ele – por imperativo lógico – está garantindo a referida personalização. Em outras palavras, só pode haver um incidente de despersonalização em um ordenamento jurídico em que a personalização seja a regra. Com isso, temos que rememorar outro comando inserto no CTN:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Nesses termos, a regra é a distinção entre pessoas jurídicas, ainda que componentes de grupo econômico, afastando-se a incidência do art. 124, I, do CTN para tais hipóteses. Haverá os agentes da administração tributária que comprovar, nos autos da execução fiscal em que se buscar a responsabilização de outras empresas que não a contribuinte, a ocorrência do abuso da personalidade jurídica, nos termos como exigido a partir do art. 50 do Código Civil.

Nos termos como apresentado acima, deixamos consignado que a aplicação do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991 (Lei de Custeio da Seguridade Social), para fins de cobrança de contribuição previdenciária, precisa estar fundada também no art. 128 do Código Tributário Nacional, que exige sejam o contribuinte e o responsável *vinculados quanto ao fato gerador do tributo*, e não apenas vinculados em relação societária.

Não há, *prima facie*, interesse comum em toda e qualquer empresa componente de um mesmo grupo econômico. Elas podem ter interesses antagônicos (concorrentes entre si). Para que haja o *interesse comum* previsto no art. 124, I, do CTN, tais empresas precisam ocupar o mesmo polo da relação jurídica que fez surgir a obrigação tributária, nos termos como decidido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça (sociedades envolvidas na ocorrência do fato gerador).

Voltando ao caso concreto, sabendo-se, como dito, que o primeiro requisito (cobrança de contribuição previdenciária) está presente, há que se investigar, no corpo probatório apresentado, a indicação de que os fatos geradores aqui cobrados foram praticados pelas pessoas jurídicas elencadas na petição ora enfrentada. Todavia, não é o que se nos apresenta. Há ampla documentação societária, mas nenhuma indicação de que os fatos geradores aqui cobrados foram praticados por outra pessoa jurídica que não a executada, o que não suporta o redirecionamento do feito.

Além disso, caracterização de grupo econômico, ainda que para fins fiscais, está sujeita à identificação de abuso da personalidade jurídica, critério do art. 50 do Código Civil, que tem aplicação nas relações tributárias, nos termos como estipulado no art. 110 do CTN. Mas, para tanto, há que ser instaurado o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos termos como preconizado pelo Código de Processo Civil. Senão vejamos.

V – Sobre as fraudes em prejuízo do Fisco

A exequente sustenta seu pedido de inclusão de diversas pessoas no polo passivo desta execução fiscal, notadamente aquelas que não atuam no mesmo ramo da executada, ao argumento de que cometem fraude em prejuízo do Fisco, ao arrematarem imóveis levados a leilão judicial e, posteriormente, negociá-los no mercado ou entre empresas do mesmo grupo econômico. Junta, em arrimo a seu pedido, cópias de documentos e decisões judiciais de fls. 145 e seguintes.

Observo, inicialmente, que as presunções aqui apresentadas podem, realmente, estar acontecendo. Todavia, não resultam, necessariamente, em caracterização como *grupo econômico*, nos termos da jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça já citada, que exige a atuação conjunta das diversas empresas na consecução do fato gerador. E, para aplicarmos o artigo 50 do Código Civil à espécie, há que se instaurar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Ainda assim, surge a hipótese de se aplicar os artigos 1150 e 1151 do Código Civil, bem como o artigo 34 da Lei nº 8.934/1994, *em cotejo com o que o Código Tributário Nacional disciplina a respeito de fraude tributária*, já que estamos no ambiente de uma *execução fiscal*. Seria o caso de consultarmos, portanto, outros dispositivos legais (no caso, repita-se, do CTN) para a verificação das fraudes alegadas.

Nesse ponto, duas observações parecem pertinentes: a primeira, a exequente poderia ter apresentado quais dispositivos legais pretende ver aplicados à espécie. Não o fez, contudo. Seria o caso de o Juízo buscar a fundamentação legal.

No Código Tributário Nacional, observamos o artigo 149, inc. VII, que estipula o dever de a administração tributária efetuar ou rever de ofício a declaração feita “quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”. Mas, nesse caso, não é necessária a ordem judicial prévia, pois faz parte das prerrogativas do Fisco.

Há, ainda, a previsão de aplicação da chamada *norma geral anti-elisiva* ou *anti-simulação*, que consta do § único do artigo 116 do CTN. Ela, contudo, encontra-se pendente de aplicação pela ausência, até hoje, da legislação ordinária disciplinadora.

De qualquer forma, ao que parece, tais *fraudes* poderiam ser *desfeitas pelo Fisco* ou seriam discutidas caso a caso, em cada um dos processos judiciais onde os fatos aqui narrados ocorreram. Seria a hipótese de cada juízo de execução fiscal julgar os embargos à arrematação, por exemplo, propostos pela procuradoria fazendária. Não seria aqui o espaço, assim, para uma ampla análise de todas as fraudes mencionadas neste processo, por ausência de competência deste Juízo para tanto. Em tal hipótese, não seria necessário buscar-se o artigo 50 do Código Civil, que atrai para si o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto no CPC de 2015. Mas, ao que se deduz, é necessário enfrentar esse aspecto no presente feito.

VI – Do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica

Conforme indicado nos itens precedentes, a ampliação do polo passivo da execução fiscal na hipótese de caracterização de grupo econômico passa, além dos dispositivos do Código

Tributário Nacional indicados, pelo artigo 50 do Código Civil. Referido dispositivo traz à baila dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, artigos 133 a 137.

No indigitado incidente, o apontado como responsável “será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”, conforme a dicção do art. 135. Como se percebe, esse incidente faz com que seja superada a doutrina que indicava não haver a possibilidade de contraditório no processo executivo fiscal. Agora haverá, com todas as implicações daí decorrentes. Haverá a suspensão da execução (art. 134, § 3º) e uma fase probatória (art. 135), que poderá incluir audiências, com depoimento pessoal e oitiva de testemunhas etc.

O CPC/2015, corretamente, não entra na questão de direito material, que é o sentido que se deve dar aos “pressupostos previstos em lei” (art. 133, § 1º). Assim, para a inclusão de responsáveis tributários à luz do art. 135 do CTN, os pressupostos para referida responsabilização devem estar presentes e serem apontados pelos exequentes.

Dois aspectos merecem destaque: eventual dúvida quanto à aplicação da responsabilização tributária não ser confundida com a desconsideração da personalidade jurídica e a dispensa da instauração do incidente que se analisa.

Quanto à possibilidade de a responsabilização do CTN não ser equiparável à desconsideração da personalidade jurídica, será preciso superar as menções feitas na jurisprudência em sentido contrário. Veja-se o que estamos tratando nos seguintes excertos:

[...] 3. Examinada a lei aplicável à espécie, o CTN, o primeiro diploma do direito pátrio a consagrar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não se encontra, nas hipóteses do artigo 134 do CTN, determinação legislativa justificadora do litisconsórcio (STJ, REsp. nº 436.012/RS, rel. Min. Eliana Calmon, 2. T., un., j. 17/06/2004, DJ de 27/09/2004. Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 19/07/2012).

Execução Fiscal – Sociedade por quotas de responsabilidade limitada – Penhora de bens de patrimônio pessoal de sócio que não exerceu função de direção – Decreto-Lei nº 3.708/19, art. 16 e CTN, art. 135, III [...]. É impossível a penhora dos bens do sócio que jamais exerceu a gerência, a diretoria ou mesmo representasse a empresa executada. Há de ser utilizada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevalecendo o princípio da responsabilidade subjetiva, e não a simples presunção. Recurso conhecido, mas desprovido (REsp nº 8.711-O/RS, rel. Min. Peçanha Martins, 2. T, unânime. J. 21/10/1992, publ. DJ de 17/12/1992. Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 19/07/2012).

Nesse julgado, destacamos do voto que afirma:

[...] A teoria da desconsideração da personalidade jurídica para coibir a fraude a credores há de ser utilizada, no direito brasileiro, de acordo com os precisos termos do art. 16, do Decreto-Lei 3.708, e 135 do CTN (REsp nº 8.711-O/RS, rel. Min. Peçanha Martins, voto, p. 2. Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 19/07/2012).

De nossa parte, acreditamos que o legislador, no novo CPC, foi positivamente criativo. Referido incidente visa melhorar o sistema de defesa dos apontados como responsáveis tributários. Portanto, sua aplicação melhorará a prática atual nas execuções fiscais, no que tange à responsabilização tributária. Explicamos.

Nosso incômodo com o processamento de execuções fiscais sem título já foi externado em nossa tese de doutorado (PUC/SP, 2000), como consta de nosso livro (esgotado) *Sujeição passiva e responsabilidade tributária* (São Paulo: Dialética, 2000, p. 162-163), *in verbis*:

Seguindo aquela linha de rememorarmos o óbvio, vale lembrar que o processo de execução foi construído partindo-se da ideia central de que existe um título, judicial ou extrajudicial,¹ líquido, certo e exigível.² Por isso, o rito executivo é tão distinto do rito cognitivo ou cautelar.³ Como o Estado *executa o responsável tributário*,⁴ ele deve ter um título hábil, já que na verdade se executa o título, não a pessoa do responsável. Disso decorre que a responsabilidade precisa ser averiguada *antes* da execução fiscal, para que seja transformada em linguagem válida, ou por outro giro verbal, para que seja incluída no título executivo. Como se sabe, em um processo de execução não há fase probatória e, para seu início, é necessário que o credor demonstre possuir um título executivo em condições de dar ao Estado-Jurisdição segurança para violar o patrimônio do devedor, sem seu consentimento ou até contra a sua vontade, e satisfazer o direito do credor.

Se o credor não apresenta o referido título, ou seja, a prova inequívoca da dívida, ou se o título não espelha uma obrigação, transformou-se o processo executivo em uma violação do devido processo legal (*undue process of law*).

Com isso, podemos afirmar que um processo de execução sem título executivo ou com título executivo que não seja a expressão de dados seguros e confiáveis (ou seja, líquidos, certos e exigíveis) afasta o devido processo legal e retira o país do rol dos Estados Democráticos de Direito.

A solução que vislumbrávamos, naquela oportunidade (15 anos antes do atual CPC), era a suspensão da execução fiscal e a apuração da responsabilidade em processo administrativo. Após a tramitação desse, se confirmada a premissa da responsabilização, extrair-se-ia nova CDA, que seria executável. À evidência, a solução do legislador processual, em 2015, foi muito mais criativa do que a pensada por nós, atendendo à imperativa necessidade de obtenção de um título executivo de maneira mais apropriada, qual seja, pela instauração de um incidente à parte da execução fiscal.

Anotamos que o referido incidente preenche o requisito de atenção ao devido processo legal, inculcado constitucionalmente e já reconhecido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal em matéria de responsabilidade tributária. No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 608.426-PR, relatado pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa (2ª T., un., j. 04.10.2011, DJe nº 204, de 21.10.2011) a mais alta Corte do país decidiu que:

Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc).

Assim, o STF reconheceu que a constituição do crédito tributário é um procedimento administrativo (o que, a propósito, foi escrito pelo legislador no art. 142 do CTN), sobre o qual repousam as garantias constitucionais que o princípio do devido processo legal alberga (Constituição Federal, artigo 5º, incisos LIV e LV).

1 Código de Processo Civil [de 1973], artigo 583: “Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial”.

2 Código de Processo Civil [de 1973], artigo 586: “A execução para cobrança de crédito, fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível”.

3 Veja-se, como demonstração do alegado, o artigo 652 do Código de Processo Civil [de 1973]: “O devedor será citado para, no prazo de vinte e quatro (24) horas, pagar ou nomear bens à penhora”. É providência bastante diferente da prevista no artigo 297 do mesmo Código: “O réu poderá oferecer, no prazo de quinze (15) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção”. Ou ainda o artigo 323: “Findo o prazo para a resposta do réu, o escrivão fará a conclusão dos autos. O juiz, no prazo de dez (10) dias, determinará, conforme o caso, as providências preliminares, que constam das seções deste capítulo”.

4 Código de Processo Civil [de 1973], artigo 568, inc. V.

Assim, como é sabido, a sistemática que temos na constituição do crédito tributário começa pelo lançamento (CTN, art. 142) ou pela declaração do contribuinte (CTN, art. 150, § 4º). Após a *notificação* da parte contrária, ou o *recebimento da declaração*, abre-se prazo para a impugnação administrativa e seus respectivos recursos, além das defesas judiciais das mais variadas disponíveis em nosso ordenamento processual. Há, aqui, grande gama de oportunidades de defesa. Em outras palavras, somente após ampla possibilidade de defesa administrativa ou judicial *prévia* se inscreve o débito em dívida ativa, com nova *notificação* do devedor (com mais oportunidades de defesa), se ajuíza a execução fiscal. Assim, para o contribuinte, antes da execução fiscal, diversas oportunidades de defesa se apresentam.

E na responsabilidade tributária? À evidência, não há (ou não havia, antes do CPC/2015) nenhuma possibilidade de defesa *prévia*, o que desafiava o princípio do devido processo legal. Era o antigo *pague ou tenha bens penhorados e depois discuta*. Sem que o sistema jurídico desse oportunidade para o apontado como responsável oferecer defesa *prévia*, repita-se, ao contrário da cobrança em face do contribuinte. A ausência de oportunidade de defesa *prévia* já foi acolhida por este Juízo (execução fiscal 0037631-95.2004.403.6182), o que inviabilizou o prosseguimento de feitos, regidos pelo CPC de 1973, em face do apontado como responsável tributário.

O Código de Processo Civil de 2015 corrige, ao menos em parte, esse estado de coisas. Dá oportunidade de defesa *antes* da penhora. Sendo que as *astreintes* (meios indiretos de constrição, como inscrição no CADIN, expedição de certidões positivas fiscais e processuais) já estarão presentes e surtindo plenos efeitos.

Registramos, por oportuno, que o incidente que aqui se cuida permitirá apenas a oportunidade de defesa somente para os apontados como responsáveis tributários. Também os exequentes poderão se valer da abertura da fase probatória, ampliando o conjunto de provas já apresentado da administração tributária, que poderá juntar novos documentos e requerer a oitiva de peritos (auditores fiscais, por exemplo) em audiências judiciais.

É por todos esses motivos que consideramos o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica um avanço em nosso sistema de cobrança de tributos.

Além do cumprimento da ordem constitucional, consideramos que o indigitado incidente auxilia na organização do feito, permitindo que fiquem na execução fiscal seus atos próprios (petição inicial, CDA, citação, exceção de pré-executividade do executado, atos de constrição de bens, ou seja, a penhora etc.). No incidente, em autos apartados, entram as petições das partes, suas provas, a possibilidade de depoimento pessoal daquele a que se imputa a responsabilidade e a decisão judicial. Se a responsabilidade não é comprovada, com o trânsito em julgado da decisão tudo vai para o arquivo findo, sem onerar fisicamente os autos da execução fiscal. Se comprovada a responsabilização, uma cópia da decisão é trasladada para a execução fiscal, onde se processarão os atos de constrição patrimonial e, também agora, todo o *incidente* vai para o arquivo findo, facilitando o manuseio e a visualização da execução fiscal, com o consequente ganho em eficiência processual.

Outra vantagem da instauração do incidente é que, às vezes, os incluídos como responsáveis tributários podem estar em lados opostos nas relações comerciais (como já ocorreu, por exemplo, nas execuções fiscais 2001.61.82.024190-2, 2002.61.82.001117-2, 2002.61.82.004727-0, 2002.61.82.004421-9 e 2002.61.82.007286-0).

Todavia, a Procuradoria da Fazenda Nacional tem se insurgido sobre a aplicabilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no redirecionamento da execução

fiscal em face dos apontados como responsáveis tributários. Sua posição é compreensível, pois ela quer ver, de preferência, a penhora em dinheiro, o que permite melhorar a sua “produtividade” e suplantar os históricos 1% de recuperação do crédito público, cujos motivos não são as barreiras constitucionais à execução sem defesa, (ou seja, as proteções do Estado de Direito) mas a demora no ajuizamento dos feitos (é dizer, a dificuldade de aplicação do princípio da eficiência administrativa à cobrança do crédito tributário). Ela quer receber com ônus diminutos, bastando uma petição com documentos que nem sempre provam mais do que um extrato da junta comercial.

A resistência da PGFN pode ser verificada no Agravo de Instrumento nº 0011840-26.2016.4.03.0000, ajuizado perante o egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região em 27/03/2016. Em breve síntese, entende que o indigitado incidente somente deve ser instaurado a pedido do exequente, que ele é incompatível com a Lei de Execução Fiscal e que ele deve ser aplicável apenas nos casos do art. 50 do Código Civil (*o que é o caso dos presentes autos, insista-se*).

Tais argumentos não nos impressionaram. Caso a comunidade jurídica brasileira queira ver a execução fiscal com novos olhos, a incidente de que se cuida será um avanço importante e plenamente compatível com a nova leitura da legislação de 1980. Sobre a necessidade de a instauração do incidente ficar a cargo dos exequentes, cria uma curiosa situação: quando o exequente quiser, a lei será aplicável; quando não quiser, não! Ou seja, o Código de Processo Civil passa a ser facultativo, aplicável a depender das partes. Observamos, por oportuno, que os exequentes não precisam requerer que uma petição inicial de execução fiscal seja processada nos termos da Lei nº 6.830/1980. Quando o juízo observa se tratar de uma execução fiscal, ele processará o feito nos termos da legislação de regência.

Contudo, os argumentos da Fazenda Nacional já foram bem acolhidos no egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Refiro-me ao Agravo de Instrumento nº 0011835-04.2016.4.03.0000/SP, rel. Desembargador Federal Johnson Di Salvo, decisão de 05/07/2016. Nesta decisão, Sua Excelência afirmou que:

Pretendeu a exequente, com fundamento no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, o redirecionamento da execução fiscal ao sócio, sob o argumento de restar configurada hipótese de dissolução irregular da sociedade.

Juiz, *ex officio*, instaurou o incidente previsto no art. 133 do CPC/15.

Esse dispositivo é de clareza solar: o incidente depende de iniciativa da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir nos autos.

Não pode ser instaurado de ofício pelo Juiz.

Assim, ainda que esse não seja nosso pensamento, mas aplicando referida decisão ao caso presente, *observo que os excipientes TERRAS ALTAS e DOXA requereram o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica*.

Contudo, há que ser enfrentada também a resistência do Poder Judiciário ao incidente de que aqui se cuida, tal qual expresso pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, que deduziu um enunciado afirmando sua não aplicação às execuções fiscais, sem nenhuma fundamentação por parte de seus autores (Enunciado nº 53: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”).

Tal enunciado levantou algumas dúvidas, como se os juízes não quisessem apreciar pro-

vas ou presidir audiências. Refletindo profundamente sobre esse ponto, contudo, imaginamos que nossos pares não queiram ver a repetição de milhares ou milhões de incidentes abertos sem que haja citação, como é fato que há milhões de execuções fiscais que abarrotam os arquivos judiciais com base no artigo 40 da Lei de Execução Fiscal (não localização do devedor ou de bens executáveis). Nesse caso, a solução dada pelo julgado acima transcrito parece ser a melhor: a parte precisa requerer a instauração do incidente. Pode ser a exequente, quando suas diligências indicarem maior viabilidade para a responsabilização; ou o corresponsável, como no presente caso. De qualquer sorte, o citado enunciado na ENFAM já foi afastado no egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região pelo eminente Desembargador Federal Nery Júnior (Agravado de Instrumento nº 0011836-86.2016.4.03.0000/SP, decisão de 13/12/2016).

Há que se registrar, também, que a Associação de Juízes Federais do Brasil – AJUFE editou um enunciado a respeito do tema aqui enfrentado (Enunciado nº 2 do II Fórum Nacional de Execução de Personalidade Jurídica – FONEF: “O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 do NCPC, é aplicável aos casos em que há pedido de redirecionamento da execução fiscal da dívida ativa, com fundamento na configuração de grupo econômico, ou seja, nas hipóteses do art. 50 do CC”). Este enunciado já foi aplicado, por exemplo, no egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região pelo eminente Desembargador Federal Marcelo Saraiva (Agravado de Instrumento nº 0015455-24.2016.4.03.0000/SP, decisão de 10/10/2016).

Além disso, há um último aspecto que deva ser enfrentado por este Juízo. Considerando que a exequente sustenta haver dois padrões das empresas para requerer a inclusão no polo passivo, um referido à mesma atividade econômica desenvolvida pela executada e outro de empresas de diferente atividade econômica, que dariam suporte financeiro ou possuem o mesmo quadro societário, há que se enfrentar, ainda que em análise perfunctória, a possibilidade de o Juízo descaracterizar a personalidade jurídica da executada frente a outras empresas, de mesmo sócio, que teriam arrematado em leilão judicial bens da executada ou de outras empresas do mesmo grupo econômico. Tais fatos indicariam fraudes contra o Fisco.

Isto posto, determino:

I) o registro da nova razão social da executada originária – FOBOS SERVIÇOS E INVESTIMENTOS LTDA;

II) reiterar que, nos termos da decisão de fls. 851, as alegações da executada originária serão apreciadas em embargos à execução;

III) instaurar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica em face de TERRAS ALTAS e DOXA, conforme requerido nas petições de fls. 876 e segs. e 959 e segs. Traslade-se cópia desta decisão e das indicadas petições, com os documentos que as acompanham. Considerando que ambas são idênticas, determino o processamento de apenas um incidente;

IV) determino vista à exequente para ciência desta decisão, bem como do mandado negativo de fls. 1143 e da notícia da liquidação extrajudicial de LL INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A (fls. 1145 e segs.). Prazo: 15 dias.

Intime-se.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2017.

Juiz Federal RENATO LOPES BECHO

PROCEDIMENTO COMUM**0008807-40.2012.403.6120**

Autores: JOSÉ SÉRGIO PEREIRA DA SILVA E JOSEQUELI NATIVIDADE PEREIRA DA SILVA

Réus: GOLD POLÔNIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA. E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/12/2016

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação movida por *José Sérgio Pereira da Silva e Josequeli Natividade Pereira da Silva contra Gold Polônia Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda, PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações, Goldfarb Incorporações e Construções S/A e Caixa Econômica Federal*, por meio da qual os autores buscam a revisão de diversas cláusulas de contrato de financiamento habitacional celebrado com as rés, bem como a fixação de indenização por diversos infortúnios relacionados ao imóvel que adquiriram e que serão detalhados neste relatório a partir de agora.

A inicial (fls. 02-38) narra que em setembro de 2010 os autores celebraram contrato de adiantamento de promessa de compra e venda de uma casa no Residencial Villaggio do Sol, condomínio horizontal de casas padronizadas que naquela época ainda estava em construção. Como as obras não haviam sido concluídas, toda a negociação se deu com base nos memoriais descritivos, planta ilustrativa do local e uma casa modelo decorada, sem que os compradores visitassem o canteiro de obras.

O contrato estabelecia o pagamento de uma entrada de R\$ 8 mil que seria abatida do saldo devedor, adiantamento que poderia ser feito com a utilização do FGTS. Valendo-se dessa facilidade, os autores adiantaram R\$ 10.846,18 e em 2 de setembro de 2010 assinaram o contrato visando à aquisição do imóvel. Como os autores estavam no rol dos cinquenta primeiros compradores, preenchiam os requisitos de promoção segundo a qual seriam apresentados com três eletrodomésticos, a serem entregues em até 120 dias contados do registro do condomínio.

A partir de novembro de 2010 os autores começaram a pagar as prestações do financiamento, por meio de boletos bancários enviados por e-mail. Sucede que o boleto de novembro de 2011 não foi encaminhado aos mutuários, de modo que no mês seguinte estes foram instados a colocar em dia o débito. Feitos os esclarecimentos de que não receberam o título, a ré PDG encaminhou novo boleto alusivo ao mês de novembro, que foi liquidado. Contudo, o pagamento extemporâneo anulou o direito aos eletrodomésticos, em que pese a mora não ter sido causada pelos autores. Por conta disso, sustentam que fazem jus à entrega dos eletrodomésticos prometidos.

Em outubro de 2011 os autores enfim assinaram o contrato de promessa de compra e venda do imóvel, vinculado a contrato de financiamento habitacional. No entanto, constataram que embora tenham pago mais de um ano de prestações, em valor superior a R\$ 8 mil, o saldo devedor era praticamente o mesmo de um ano antes. Os autores creditam isso à demora das rés promitentes vendedoras em encaminhar os documentos necessários para a Caixa Econômica Federal elaborar o contrato de financiamento, bem como da cobrança indevida de juros durante a construção, de sorte que essa diferença deve ser abatida do saldo devedor.

Caso esses encargos sejam reputados válidos, devem ser limitados ao período previsto para a entrega das chaves, de acordo com o cronograma de obras.

Reclamam também que por ocasião do contrato desembolsaram R\$ 2.160,00 para o pagamento das taxas no Registro de Imóveis e do ITBI, porém essas despesas custaram bem menos que isto, de modo que fazem jus à diferença (R\$ 1.322,24).

Ainda a respeito dos contratos, impugnam as cláusulas que preveem a incidência de juros moratórios na fase de inadimplemento e que vedam, na hipótese de inadimplemento do contrato, a retenção de acessões e benfeitorias e a devolução das quantias pagas.

Não bastassem esses aborrecimentos que afloraram antes mesmo do recebimento das chaves da casa, as vendedoras atrasaram a entrega do imóvel em mais de seis meses, período em que os autores seguiram pagando aluguel, despesa que acreditam deve ser ressarcida pelas rés.

Todavia, os maiores problemas se verificaram depois da entrega das chaves. De largada, os autores constataram que a árvore no terreno vizinho era muito maior do que sugeria o material de publicidade que serviu de base para a escolha do imóvel. Essa árvore já deu muito trabalho aos autores; volta e meia suas folhas entopem as calhas, quedas de galhos causaram danos no telhado e há o risco de um dia o pau-d'álho vir abaixo e causar sérios danos ao imóvel dos autores, senão a eles próprios.

Algum tempo depois, constaram que o esgoto da casa não se comunicava com a rede pública, de modo que durante meses os dejetos da residência foram absorvidos pelo solo. O problema só foi constatado depois que o mau cheiro não deixou dúvida de que havia algo de errado.

Com o tempo, os autores também perceberam diversos vícios de construção no imóvel, como pontos de umidade e rachaduras nas paredes, no teto e no piso.

Por conta dos incômodos causados pela árvore e pelos vícios de construção pedem a condenação das rés ao cumprimento de uma dessas providências: abatimento do valor do imóvel (no mínimo 30%), troca do imóvel por outro dentro do mesmo condomínio ou resolução do contrato com a devolução dos valores pagos. Pedem, ainda, a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais, em valor não inferior a 30 salários mínimos.

A inicial veio acompanhada dos documentos das fls. 39-226.

A contestação da Caixa Econômica Federal foi encartada às fls. 233-237. De largada a ré sustentou sua ilegitimidade, sob o argumento de que apenas disponibilizou aos requerentes o capital necessário para a aquisição do imóvel. No mérito, sustentou que não exigiu dos autores nada do que não estava expressamente previsto no contrato, como é o caso dos juros exigidos na fase da construção. Defendeu que não pode ser responsabilizada pelos danos apontados pelos autores — “(...) culpa pela entrega dos eletrodomésticos, o envio de boletos através de e-mail, a venda do imóvel sem a visita ao terreno de construção, ou qualquer outro fato que seja”. A contestação veio acompanhada dos documentos das fls. 238-261, depois complementados com as cópias das fls. 267-423.

As rés Gold Polônia Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda, PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações e Goldfarb Incorporações e Construções apresentaram contestação conjunta — *em benefício da clareza, doravante sempre que for necessário me referir a essas três empresas em conjunto, vou mencioná-las como rés Gold Polônia* —, encartada às fls. 426-468. Em preliminar as rés alegaram a inépcia da inicial, dada a incompatibilidade na cumulação dos pedidos de aplicação de multa, lucros cessantes e perdas e danos, bem como

a ilegitimidade passiva das requeridas PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações e Goldfarb Incorporações e Construções, uma vez que os contratos celebrados foram firmados entre os autores e a requerida Gold Polônia Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda. Ainda em sede de prefaciais, aduziram que os autores são carecedores de ação quanto ao pedido de prestação de contas, em razão da inadequação da via eleita, assim como não possuem interesse de agir quanto ao pedido de restituição dos pagamentos a título de “cm repasse na planta” e “inadimplência repasse na planta”, pois essas obrigações estão previstas nos contratos.

No mérito recusaram a alegação de atraso na conclusão das obras, pois o contrato estabelecia um prazo de tolerância de 180 dias, sendo que o Habite-se — documento que marca o término da fase construtiva — foi expedido em novembro de 2011. Caso se entenda pela ocorrência de atraso, eventual indenização deve abarcar apenas o período compreendido entre o prazo estabelecido no cronograma de obras, computada a tolerância de 180 dias, e a efetiva entrega das chaves, que se deu em janeiro de 2012.

No que diz respeito à árvore no terreno contíguo, observaram inicialmente que os autores tiveram oportunidade de vistoriar o imóvel, sendo que “O termo de vistoria do imóvel em questão não menciona nenhum tipo de defeito ocasionado pela árvore ou alguma insurgência quanto à própria árvore no local”. Houve sim alguns problemas apontados, mas todos foram resolvidos pela vendedora. Sustentam que os réus sempre tiveram conhecimento da existência da árvore, de modo que não podem pleitear indenização com base nesse fato.

Defenderam a exigência dos encargos previstos nos contratos (juros, multas etc.) e alegaram que os autores não comprovaram a exigência de pagamentos indevidos, inclusive de suposta diferença referente às taxas de cartório e ITBI.

Por fim, ressaltaram que não há motivo para a rescisão do contrato ou do pagamento de qualquer das indenizações pleiteadas, inclusive a título de dano moral. A contestação foi instruída com os documentos juntados às fls. 469-487, complementados por aqueles encartados às fls. 488-518.

Em réplica (fls. 523-544) os autores rebateram as preliminares; no mais, revisitaram os argumentos expostos na inicial.

Na decisão das fls. 589-592 afastei as preliminares, comuniquei as partes de que realizaria inspeção judicial no imóvel dos autores e designei a realização de audiência de instrução.

A inspeção judicial ocorreu em 19 de janeiro de 2015 (relatório às fls. 601-607) e a audiência realizou-se em 29 de janeiro de 2015 (fls. 612-614).

Na decisão da fl. 626 determinei a realização de perícia no imóvel (laudo juntado às fls. 657-706).

Em suas manifestações finais (autores: fls. 711-714; rés Gold Polônia: fls. 715-736; Caixa Econômica Federal: fl. 740) as partes basicamente defenderam os argumentos expostos em manifestações anteriores.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

As preliminares arguidas pelas rés já foram analisadas na decisão das fls. 589-592, de modo que passo diretamente ao exame do mérito, iniciando pela compilação dos pedidos articulados pelos autores e que devem ser analisados nesta sentença, à luz das provas colhidas ao longo da instrução:

a) Recálculo do saldo devedor do contrato de financiamento, mediante o afastamento

dos juros que incidiram no período anterior à entrega das chaves aos autores (repasse de obra ou taxa de construção); caso essa pretensão seja rejeitada, que a taxa de construção fique limitada ao período previsto para conclusão da construção informado no cronograma de obras;

b) Indenização dos alugueis pagos pelos autores no período de atraso na entrega das chaves (sete meses), no valor de R\$ 3.764,82;

c) Nulidade da cláusula que prevê a incidência de juros moratórios na hipótese de inadimplemento (cláusula 4.8);

d) Nulidade das cláusulas que vedam, na hipótese de inadimplemento do contrato, a retenção de acessões e benfeitorias e a devolução das quantias pagas;

e) A entrega dos eletrodomésticos assegurados pelas rés promitentes vendedoras aos 50 primeiros clientes que assinassem o contrato e mantivessem o pagamento das prestações em dia;

f) Restituição da diferença entre o que foi pago pelos autores e o custo efetivo das taxas cartorárias e do ITBI;

g) Abatimento do valor do imóvel (no mínimo 30%), troca da unidade por outra dentro do mesmo condomínio ou resolução do contrato com a devolução dos valores pagos, tudo por conta de vícios de construção no imóvel, sobretudo aqueles relacionados à árvore que existe no lote vizinho;

h) Pagamento de indenização por danos morais em valor não inferior a 30 salários mínimos.

Passo a analisar essas pretensões de forma detida.

Exclusão dos juros compensatórios no período anterior à conclusão das obras.

Os autores se insurgem contra os juros compensatórios pagos durante a fase de obras, encargo também conhecido como “juros no pé”.

No entanto, diferentemente do que sustentam os demandantes, a atualização do valor do contrato pela incidência de correção monetária e juros compensatórios na fase de construção não se revela abusiva, salvo se esses encargos forem cobrados após o prazo de conclusão das obras. E mesmo nessa hipótese, a abusividade só se configura quanto ao período do atraso, o que não se verificou no presente caso, conforme será detalhado em outro tópico.

Em recentíssima decisão, a 4ª Turma do STJ, escorada em entendimento da Segunda Seção da Corte, assentou que “não é abusiva a cláusula de cobrança de juros compensatórios incidentes em período anterior à entrega das chaves nos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis em construção sob o regime de incorporação imobiliária” (AgInt no AResp 144.732/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016). Eis a ementa do precedente que serviu de inspiração para essa decisão:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. IMÓVEL EM FASE DE CONSTRUÇÃO. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. LEGALIDADE. 1. Na incorporação imobiliária, o pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção, a rigor, deve ser à vista. Nada obstante, pode o incorporador oferecer prazo ao adquirente para pagamento, mediante parcelamento do preço. Afigura-se, nessa hipótese, legítima a cobrança de juros compensatórios. 2. Por isso, não se considera abusiva cláusula contratual que preveja a cobrança de juros antes da entrega das chaves, que, ademais, confere maior transparência ao contrato e vem ao encontro do direito à informação do consumidor (art. 6º, III, do CDC), abrindo a possibilidade de correção de even-

tuais abusos. 3 No caso concreto, a exclusão dos juros compensatórios convencionados entre as partes, correspondentes às parcelas pagas antes da efetiva entrega das chaves, altera o equilíbrio financeiro da operação e a comutatividade da avença. 4. Precedentes: REsp n. 379.941/SP, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 3/10/2002, DJ 2/12/2002, p. 306, REsp n. 1.133.023/PE, REsp n. 662.822/DF, REsp n. 1.060.425/PE e REsp n. 738.988/DF, todos relatados pelo Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, REsp n. 681.724/DF, relatado pelo Ministro PAULO FURTADO (Desembargador convocado do TJBA), e REsp n. 1.193.788/SP, relatado pelo Ministro MASSAMI UYEDA. 5. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e reconhecer a legalidade da cláusula do contrato de promessa de compra e venda de imóvel que previu a cobrança de juros compensatórios de 1% (um por cento) a partir da assinatura do contrato. (STJ, 2ª Sessão EDRsp. 670.117/PB, rel. p/ acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 13/06/2012).

Por conseguinte, quanto a esse tópico o pedido dos autores deve ser rejeitado.

Retenção de benfeitorias

O contrato de promessa de compra e venda estabelece que na hipótese de inadimplemento que leve à rescisão do contrato, os compradores não terão direito à retenção de benfeitorias voluptuárias e úteis.

Sucede, todavia, que esse ajuste está prejudicado. Como os autores financiaram o imóvel com a Caixa Econômica Federal, as cláusulas do contrato de promessa de compra e venda firmado em setembro de 2010 atinentes ao pagamento das prestações após a entrega das chaves estão prejudicadas, e só teriam alguma pertinência caso os autores tivessem financiado a aquisição diretamente com as rés Gold Polônia.

Assim, rejeito o pedido de declaração de nulidade da cláusula de retenção de benfeitorias.

Atraso na entrega do imóvel

Segundo os autores, as promitentes vendedoras atrasaram a entrega da unidade que lhes tocava. A expectativa inicial era de que as unidades seriam entregues em julho de 2011, mas isso só ocorreu em janeiro de 2012, atraso que repercutiu no bolso dos autores. Por conta da demora na conclusão das obras, os autores tiveram que desembolsar mais encargos atinentes à fase de construção do que seria devido se a entrega ocorresse no prazo previsto, bem como se obrigaram a estender o contrato de aluguel do imóvel onde moravam por mais sete meses. Como não deram causa ao atraso, entendem que fazem jus ao ressarcimento dessas despesas.

O prazo de entrega do imóvel se regula pelas cláusulas 5.4, 7.1 e 7.2 do contrato de promessa de compra e venda, que estabelecem o seguinte:

5.4 — A unidade autônoma mencionada na Alínea C do Quadro resumo será entregue, pela VENDEDORA ao COMPRADOR, até a data indicada na *Alínea J* do Quadro Resumo, admitida dilação de até 180 (cento e oitenta) dias para sua conclusão, ficando certo que, em tal prazo, não se inclui o tempo necessário para a execução de serviços extraordinários, acréscimos, arremates e para a decoração do condomínio, sendo [nesse ponto o texto se mostra truncado; não está claro se algum complemento foi deixado de fora ou se o gerúndio foi inserido por engano]. (...)

7.1 — A VENDEDORA, desde que o COMPRADOR cumpra pontualmente as obrigações assumidas no presente instrumento, especialmente a integral quitação do preço da unidade, obriga-se a entregar as chaves da unidade ora compromissada no prazo estipulado na *Alínea J* do Quadro Resumo, ressalvadas as hipóteses previstas nos Itens 5.4 e 5.5 retro.

7.2 — Considerar-se-á concluída a obra, valendo para tanto o que ocorrer primeiro, (i) por ocasião da expedição do “habite-se” ou auto de conclusão, mesmo que parcial, cuja obtenção ficará a cargo da VENDEDORA ou, alternativamente, (ii) pela comunicação por escrito da VENDEDORA ao COMPRADOR, que a unidade se encontra em condições de habitabilidade, atendidas as exigências técnicas e legais, ressalvando-se os pequenos serviços a serem realizados nas áreas comuns do empreendimento. Não estão computadas no prazo acima, a tolerância e a legalização do empreendimento perante os órgãos públicos, bem como as ligações definitivas dos serviços públicos e a averbação da construção.

O item J do quadro resumo do contrato de promessa de compra e venda (fls. 55-57) informa que a data prevista para a conclusão do empreendimento era junho de 2011. Conjugando essa informação com as cláusulas acima transcritas, conclui-se que o prazo para a conclusão das obras, termo que corresponde à expedição do “Habite-se” ou à comunicação aos compradores de que o imóvel está em condições de habitabilidade, poderia chegar a dezembro de 2011, incluído aí o prazo ordinário de tolerância de 180 dias; — digo *ordinário* porque a cláusula 5.5 autoriza a prorrogação do prazo de 180 dias caso verificada a ocorrência de algum dos eventos ali informados (greves, chuvas fortes, falta de água etc.), porém nada disso aconteceu.

O “Habite-se” foi expedido em 22 de novembro de 2012 (fl. 485) e em 02/01/2012 — primeiro dia útil que se sucedeu a dezembro de 2011 — os autores receberam as chaves para vistoriar o imóvel. Dessa forma, pode-se afirmar que o imóvel foi entregue dentro do prazo estipulado no contrato, embora no limite da cláusula de tolerância.

Resta saber se a cláusula que admite a prorrogação em até 180 dias para a entrega do imóvel é lícita ou se deve ser afastada por abusividade. E na leitura que faço, a previsão de extensão do prazo de entrega por até 180 dias não é abusiva, pois afinada com as peculiaridades do contrato, que gira em torno da construção civil. Se há coisa rara neste mundo é uma obra (qualquer uma, de um arranha-céu a uma reforma de banheiro) ser concluída no prazo estimado por quem a executará. Tantos são os contratemplos, tão variados os imprevistos que podem ocorrer (o excesso de chuvas, uma inconcebível rocha no subsolo justo no ponto onde o projeto prevê uma estaca, o calote de um fornecedor etc.) que é mais do que razoável prever uma cláusula de tolerância para a conclusão da obra, para só então configurar a mora do construtor.

Importante destacar que esse prazo de tolerância abrange todos os contratemplos que podem embaraçar a construção, inclusive a maior parte dos eventos indicados na cláusula 5.5, tais como greve, chuvas prolongadas e falta de mão de obra. Logo, se a mora fosse superior a 180 dias, não teria dúvida em afastar a validade da cláusula que admite a extensão do prazo de conclusão para além da cláusula de tolerância. Contudo, no presente caso a obra foi concluída dentro do prazo de tolerância de 180 dias.

Por conseguinte, rejeito o pedido dos autores para o afastamento da correção pelo INCC entre junho e dezembro de 2011, bem como a pretensão de ressarcimentos da despesa com aluguel nesse mesmo período.

Diferença com despesas de registro e ITBI

De acordo com a inicial, em novembro de 2011 os autores entregaram às rés Gold Polônia R\$ 2.000,00 para cobrir as despesas com registro e pagamento de ITBI. Todavia, apurou-se depois que esses valores somaram R\$ 1.322,64 (R\$ 698,90 para o registro e R\$ 138,46 de ITBI), razão pela qual os autores postulam o ressarcimento da diferença (R\$ 677,36).

O pagamento dos R\$ 2 mil à incorporadora está comprovado (fls. 156-157), assim como o custo efetivo das despesas com o registro (fl. 158) e com o ITBI (fl. 159). E de fato, a soma des-

ses encargos corresponde a R\$ 1.322,64, inferior ao montante alcançado às rés Gold Polônia.

De sua parte, as requeridas argumentam que “... caso os pagamentos sejam menores que as quantias pagas pelos Autores, a Ré vendedora emite para os adquirentes o troco de eventual quantia remanescente, restando despropositada a alegação dos Autores de que as Rés efetuaram cobrança a maior”. Na sequência, articularam, em *negrito e sublinhado* que “*Nesse passo, protestam as Rés, pela juntada de documentos comprobatórios para comprovar, caso haja a necessidade, de que referidos valores já foram devidamente restituídos aos Autores, a título de troco dos pagamentos despendidos com registros, ITBI e demais encargos.*”

Sucede que o protesto ficou só na retórica, uma vez que as rés não apresentaram o tal do recibo do troco. Logo, nesse ponto o pedido dos autores deve ser acolhido, impondo-se às rés Gold Polônia a obrigação de devolver aos compradores R\$ 677,36, cifra que deverá ser acrescida de juros e correção monetária a contar de 23/02/2012 (data em que emitido o recibo das custas no Registro de Imóveis). Importante destacar que a Caixa Econômica Federal não participou dessa transação, o que afasta hipótese de solidariedade do agente financeiro quanto ao ressarcimento de parte do valor pago para despesas cartorárias e pagamento do ITBI.

No que diz respeito aos índices de atualização monetária e juros, registro que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que os juros mencionados no art. 406 do Código Civil correspondem à variação da taxa SELIC, índice que engloba tanto a taxa de juros quanto a correção monetária (Corte Especial, AgRg. nos EREsp 953460MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/05/2012; 2ª Turma, REsp. 1.125.195 – MT, rel. Min. Herman Benjamin, j. 20/04/2010). No meu sentir, a referência contida no art. 406 do Código Civil (*a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*) tem como endereço o art. 161, § 1º do CTN, que por seu turno reza que “se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês.” Contudo, como a questão foi equalizada em precedentes sujeitos ao regime do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), curvo-me à orientação sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Entrega dos eletrodomésticos

Por ocasião da assinatura do contrato de promessa de compra e venda celebrado em setembro de 2010, os autores e as rés Gold Polônia firmaram também um pacto à parte que tinha por objeto a entrega aos compradores de três eletrodomésticos, a saber: (1) refrigerador duplex 324 litros, (2) fogão de piso 4 bocas e (3) forno de micro-ondas de 30 litros, todos da cor branca (contrato está juntado às fls. 98-102). Tratava-se de uma promoção para contemplar os cinquenta primeiros clientes que comprassem unidades no Villaggio do Sol.

O contrato ajustava que os eletrodomésticos seriam entregues em até 120 dias contados da data do registro de especificação do condomínio, desde que os compradores cumprissem as seguintes condições:

- *Estar em dia com as obrigações assumidas no contrato de promessa de compra e venda e outras avenças;*
- *Cumprir todas as obrigações financeiras assumidas perante as vendedoras, sobretudo o pagamento pontual das prestações e;*
- *Assinar o contrato de financiamento com o agente financeiro ou com a própria vendedora, ou ainda assinar a escritura de compra e venda e entrega da unidade, no caso de quitação integral do preço ajustado.*

Os autores dizem que foram excluídos do programa de recompensas em razão do pagamento em atraso da prestação de novembro de 2011, e por isso não receberam os prêmios. Ar-

gumentam, no entanto, que o atraso no pagamento da prestação foi involuntário, pois naquele mês não receberam o boleto. Em razão disso, acionaram o atendimento ao consumidor das rés, que gerou um novo boleto e o enviou por e-mail, porém qualificou essa operação como renegociação de débito, o que caracterizou a inadimplência que excluiu os autores do programa de premiação.

Os documentos das fls. 108-110 comprovam o encaminhamento por e-mail de boleto com vencimento em 30/12/2011, alusivo a “renegociação”, elemento que vai ao encontro da alegação dos autores. É bem verdade que não há comprovação de que no mês de novembro os autores deixaram de pagar a prestação porque não receberam o boleto, mas nesse ponto há que se reconhecer que, por se tratar de fato negativo, o ônus recai sobre as rés Gold Polônia. Note-se que a inicial informa que os boletos eram enviados por e-mail, de modo que para desconstituir a alegação dos autores bastaria que as rés comprovassem que encaminharam o boleto de novembro de 2011 para o e-mail dos promitentes compradores, ônus do qual não se desincumbiram.

Calha destacar, aliás, que especificamente nesse ponto as alegações dos autores não foram rebatidas pelas rés. O imbróglio referente à entrega dos eletrodomésticos é mencionado de passagem na contestação das rés Gold Polônia no capítulo que resume o conteúdo da inicial, e fica só nisso. Diferentemente do que se passa com as demais questões articuladas, que são analisadas em tópicos específicos da contestação, as alegações dos autores quando à entrega dos eletrodomésticos não foram enfrentadas pelas requeridas Gold Polônia. Ou seja, nesse ponto aplica-se o efeito de presunção de veracidade de que trata o art. 341 do CPC. Ainda nesse tópico, ressalto que na leitura que faço da contestação, as alegações de fatos dos autores quanto aos eletrodomésticos prometidos não estão em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto, de modo que inaplicável a ressalva do inciso III do art. 341 do CPC.

Não vou longe ao ponto de referendar a tese discretamente sugerida pelos autores segundo a qual as rés Gold Polônia deixaram de enviar o boleto do mês de novembro de forma proposital, com o objetivo de *produzir* fato que retiraria dos promitentes-compradores o direito aos eletrodomésticos. Contudo, o fato objetivo é que os autores lograram demonstrar que não deram causa à mora que impediu o acesso aos brindes prometidos pelas requeridas.

Por conseguinte, o contrato prevendo a entrega dos brindes deve ser cumprido. Assim, as rés Gold Polônia devem entregar aos autores uma unidade de cada um desses eletrodomésticos: (1) refrigerador duplex 324 litros; (2) fogão de piso 4 bocas e; (3) forno de micro-ondas de 30 litros, todos da cor branca e novos. Como o contrato prevê que a especificação dos produtos toca às requeridas Gold Polônia, caberá a estas adquirirem os produtos no mercado e entregar aos autores, no prazo de até cento e vinte dias contados do trânsito em julgado desta sentença. Naturalmente que esses parâmetros não impedem que na fase de cumprimento da sentença as partes ajustem outra solução para o caso, por exemplo, com a substituição da entrega direta pelo ressarcimento em dinheiro, em quantia a ser ajustada entre as partes.

Registro que essa obrigação vincula apenas as rés Gold Polônia, uma vez que se trata do descumprimento de pacto acessório celebrado apenas entre os promitentes compradores e os promitentes vendedores, bem antes da assinatura do contrato de financiamento com a Caixa Econômica Federal.

Vício de construção. O caso da árvore. Rescisão do contrato. Abatimento do preço.

Os autores sustentam que o imóvel padece de diversos vícios de construção, sendo que os principais decorrem dos danos causados por uma frondosa árvore que existe no lote vizi-

nho. Em razão desses problemas, que serão detalhados neste segmento da sentença, pedem uma das seguintes providências: a) abatimento do preço em pelo menos 30% do valor integral do imóvel; b) troca do imóvel por outro com as mesmas características e dentro do mesmo condomínio e c) rescisão do contrato, com a devolução dos valores pagos e indenização pelas benfeitorias realizadas.

O imbróglio envolvendo a árvore do lote vizinho constitui um capítulo à parte, de modo que inicialmente vou me concentrar nos problemas que não estão relacionados com ela. Assim, num primeiro momento o foco serão os alegados vícios de execução da obra, que segundo os autores resultaram em rachaduras nas paredes do imóvel, infiltração de umidade em diversos pontos e a infestação das madeiras por cupins.

Tendo em vista os indícios de existência de vícios de construção, determinou-se a realização de perícia no imóvel, incumbência que ficou a cargo do Engenheiro Civil e de Segurança do Trabalho João Barbosa (laudo às fls. 657-701). No que toca aos problemas na construção em si, o perito apurou a existência de algumas trincas, um e outro ponto de umidade, indícios de infestação de cupins e defeitos no assentamento de parte do piso externo.

Quanto às trincas, o perito constatou que as fissuras não atingem a estrutura da casa, mas apenas o reboco. Trata-se, portanto, de defeito de natureza meramente estética, que não compromete a estabilidade e solidez da obra. Além disso, segundo a avaliação do perito a maior parte das trincas está relacionada a uma benfeitoria realizada após a entrega das chaves pelos próprios moradores, no caso uma área de serviço com churrasqueira.

O aparecimento de pequenas rachaduras no reboco é natural a qualquer imóvel, sendo ainda mais comum em construções novas, e decorre do tempo necessário para a adequada acomodação do edifício no terreno. Logo, nem mesmo as trincas não relacionadas à construção da área de serviço podem ser qualificadas como defeitos de construção que impliquem abatimento do preço, e menos ainda a resolução do contrato.

Da mesma forma, os defeitos que o perito encontrou em alguns pontos do piso externo decorrem do assentamento da cerâmica sobre contrapiso preparado sem a devida compactação do solo. Sucede que essa obra também foi realizada pelos autores, de modo que seus defeitos não podem ser imputados às rés.

Quanto aos cupins, muito embora a infestação e os danos por ela causados tenham sido identificados pelo perito, não há prova de que os insetos já haviam se instalado nos batentes das portas quando da entrega das obras. Logo, não há como responsabilizar as rés pelos problemas causados pelos cupins.

O perito também apurou que as paredes do banheiro apresentam mofo na região próxima do teto, indicando a falta de ventilação adequada do cômodo. Todavia, na avaliação do perito esse problema pode ser superado pelos moradores, bastando que estes se lembrem de manter a basculante permanentemente aberta, sobretudo após a utilização do chuveiro. É bem verdade que o laudo também sugere que o mofo poderia ser evitado com a colocação da janela num ponto mais próximo da laje, o que sinaliza para um pecadilho do projeto arquitetônico. Apesar disso, não me parece que a posição da janela do banheiro constitua um vício de construção propriamente dito, uma vez que os problemas a ela relacionados podem ser evitados mediante a adoção de cautelas simples no uso.

A perícia verificou ainda pontos de umidade que resultam da infiltração de água pelo telhado. Essas infiltrações ocorreram em razão de danos nas telhas causados pelos galhos da árvore localizada no terreno vizinho. Em parte o problema vem sendo debelado pela poda da

árvore, que no momento não apresenta mais galhos por sobre o telhado. Porém, isso não evita a quase que constante queda de folhas no telhado, na calha e na área externa da residência dos autores, o que também é fonte de muito transtorno.

É chegada a hora, pois, de tratar especificamente da situação envolvendo a árvore do lote vizinho.

Segundo a inicial, os autores escolheram a unidade que desejavam adquirir de acordo com o material de publicidade apresentado pelas rés Gold Polônia, composto basicamente por esquemas gráficos da localização dos lotes dentro da área do condomínio. Optaram por adquirir um lote que faz divisa com uma área verde do condomínio, e que estava identificada nos prospectos como um quadrado com sinais gráficos que evocavam grama, arbustos e uma árvore. Como os promitentes compradores não tinham permissão para ingressar no condomínio antes da conclusão das obras — restrição que está longe de ser incomum em empreendimentos dessa natureza — só tomaram conhecimento das dimensões e da proximidade da árvore com sua residência quando receberam as chaves do imóvel. E aí, naturalmente, a surpresa foi grande, pois a árvore em questão é um pau-d'álho com cerca de 15 metros de altura, de frondosa copa. Não bastasse dominar o espaço do lote de área verde, os galhos dessa árvore insinuam-se pelo telhado dos autores, e nem poderia ser diferente, já que o tronco situa-se a menos de 2 metros da divisa dos lotes.

A propósito disso, oportuno mencionar o depoimento pessoal dos autores, prestado em conjunto. Segue o teor desse depoimento, em transcrição livre:

Nós morávamos próximos do condomínio, e em razão da localização nos interessamos pelo empreendimento. Visitamos o estande do plantão de vendas que funcionava naquele local, bem como a casa modelo que estava disponível para visitas. Daí fomos atrás do financiamento, demos entrada à papelada etc. Depois começaram a aparecer os problemas, sendo o primeiro deles o atraso na entrega das obras, pois deveriam entregar o imóvel em julho de 2011, mas só recebemos a chave no final de dezembro de 2011. Nesse período pagamos as taxas de obras (INCC) e o aluguel da casa onde morávamos. Durante a construção ninguém poderia entrar no condomínio, de modo que só descobrimos a existência da árvore no terreno ao lado quando recebemos a chave. Escolhemos a localização do lote pelo quadro ilustrativo que nos foi apresentado. Escolhemos um local próximo à quadra porque temos uma filha. Sabíamos que havia uma área verde no terreno contíguo, mas não fazíamos ideia do tamanho da árvore que ali existe. Escolhemos uma casa de dois quartos, pagando o preço médio para esse tipo de imóvel, talvez até um pouco mais caro, já que nossa unidade tinha um corredor lateral. Quando nos mudamos, constatamos a necessidade de pequenos reparos, que foram feitos pela construtora. Mas o maior problema que enfrentamos foi por conta da árvore, principalmente quando chove ou ocorre vendaval. Desde que nos mudamos já trocamos cerca de 70 telhas, boa parte foi custeada pelo condomínio. A primeira poda também foi paga pelo condomínio. Quando há possibilidade de vendaval, às vezes vamos para a casa de minha mãe, em razão do risco da árvore cair sobre a casa; quando ficamos, temos que deslocar um dos carros para outra garagem, dados os riscos de galhos danificarem os veículos. O condomínio já tentou retirar a árvore, mas o procedimento para obter a autorização acabou arquivado em razão da ausência de laudos técnicos. Os laudos não foram feitos porque o condomínio não tem condições de arcar com os custos do processo para obter a autorização para a retirada da árvore. A árvore está infestada de cupins, praga que também atacou nossa residência. Em outra parte do condomínio também tem uma árvore imensa, no caso um jatobá. Outro problema foi que não recebemos os prêmios prometidos para os cinquenta compradores. Uma das condições era o pagamento em dia das prestações, porém em um determinado mês os boletos foram enviados com atraso, não só para nós como para outros moradores. Acreditamos que fizeram isso para não dar os prêmios.

Até onde temos conhecimento, ninguém recebeu os prêmios. Temos conhecimento também de pessoas que desistiram da compra do imóvel em razão do atraso na entrega das obras. Não bastasse esse atraso, as casas foram entregues com problemas, como por exemplo, piso desnivelado e com manchas de umidade, cupins nos batentes das portas e pequenas rachaduras que devem ser avaliadas. Outro problema que enfrentamos foi uma falha na instalação do sistema de esgoto, pois os canos não estavam ligados à rede pública. Só descobrimos isso quando contratamos uma empresa para verificar as causas do mau cheiro. Depois de verificado o problema, a construtora fez o reparo nos canos. Quanto ao financiamento, o mais problemático foram os juros de obra e outras despesas que não estavam no nosso cronograma, tanto que foi essa a razão que levou algumas pessoas que desistiram do negócio. O cálculo do INCC não foi muito claro que iria ser daquele jeito. Houve outros problemas, como no dia da entrega das chaves, em que fomos obrigados a pagar mil reais à Caixa Econômica Federal, senão os juros subiriam. Quando recebemos as chaves recebemos também o termo de vistoria, e apontamos os problemas que constatamos naquele momento, exceto as manchas, que até agora não foram resolvidas.

Atento à máxima de que uma imagem vale por mil palavras, segue uma fotografia colhida do laudo do perito que coloca num mesmo plano a árvore e a residência dos autores (à direita):



Como não poderia deixar de ser, a árvore já gerou diversos problemas no imóvel dos autores. Há registros de telhas quebradas, calhas entupidas e até mesmo o dano ao veículo de um vizinho, sucedido quando um vendaval quebrou alguns galhos. Parte desses prejuízos foi custeada pelo condomínio e parte pelos autores, muito embora essa alegação não esteja comprovada.

Comparando a imagem produzida pelo perito com as fotografias que acompanham a inicial, percebe-se que a coisa já foi muito pior. É que a progressão dos galhos por sobre o telhado dos autores vem sendo controlada por meio de podas periódicas, que se não resolvem, ao menos atenuam os incômodos.

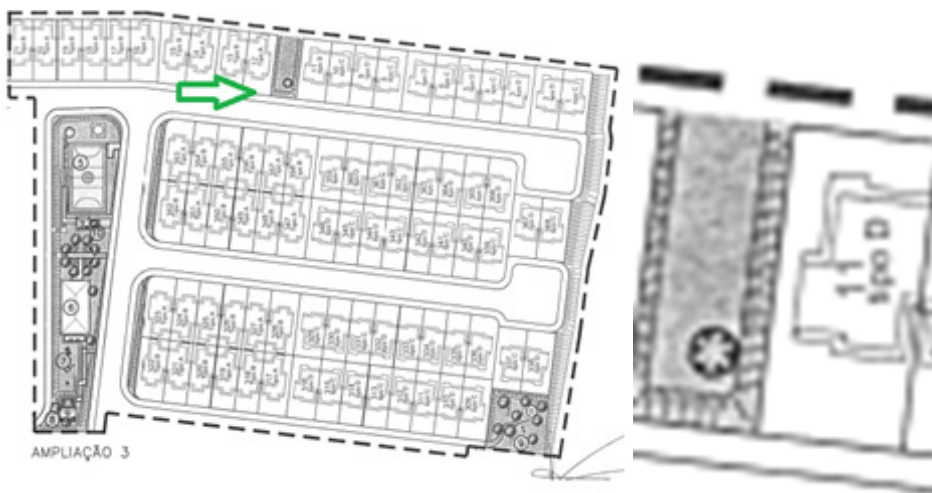
Não bastassem os problemas que uma árvore desse porte causa, constatou-se que o pau-d'alho está infestado de cupins, praga que tem o potencial de comprometer a solidez da árvore, o que traz o risco de danos ainda mais sérios ao imóvel do autor. O comprometimento do tronco pelos cupins está bem demonstrado no laudo do perito, e foi também por mim constatado pessoalmente, quando estive no imóvel dos autores em inspeção judicial.

As rés Gold Polônia se defendem argumentando que os autores sabiam exatamente o que estavam comprando, tendo ciência da existência da árvore no terreno lindeiro. Ponderam que ao receber as chaves os autores vistoriaram o imóvel, apontando a existência de alguns defeitos no imóvel em si, mas nada observando quanto à árvore. Insistem que “O Termo de Vistoria do imóvel em questão não menciona nenhum tipo de DEFEITO OCASIONADO PELA ÁRVORE, OU ALGUMA INSURGÊNCIA QUANTO À PRÓPRIA ÁRVORE NO LOCAL”.

E de fato, o termo de vistoria assinado pelos autores é silente quanto à existência da árvore, tampouco refere problemas imputáveis ao pau-d’alho. No entanto, o silêncio dos autores quando da vistoria não conduz à ideia de que se contentaram com a presença da árvore, até porque essa inspeção costuma ser feita antes da mudança para o imóvel. E como bem colocado na inicial, os problemas causados pela árvore não eram constatáveis de plano, e só foram sentidos depois da mudança para a unidade.

Mudando o que deve ser mudado, os incômodos decorrentes da árvore são da mesma ordem daqueles causados por um vizinho inconveniente, do tipo que passa as tardes e madrugadas ouvindo funk ou sertanejo universitário a todo volume. Nesses casos, o morador só se dá conta da fria em que se meteu quando passa a residir no imóvel, enfrentando as primeiras festinhas do lado de lá do muro ou, no caso dos autores, escutando o ruído dos primeiros galhos rachando as telhas ou assistindo ao flunar outonal das folhas que fatalmente entupirão suas calhas.

De mais a mais, as rés Gold Polônia não negam que os autores compraram o imóvel apenas com base nas informações do prospecto, sem visitar o lote. E apesar desse documento sinalizar para a existência da árvore, está claro que a majestade do pau-d’alho não faz jus à sua representação no croqui que subsidiou os autores em sua escolha. Para bem demonstrar o ponto, seguem duas imagens desse prospecto, cuja cópia está juntada à fl. 91, sendo que a segunda é ampliação de detalhe da primeira.



Difícilmente alguém poderia imaginar que o símbolo que representava uma árvore na verdade correspondia a isto:



Tendo em vista esse panorama, a dúvida que se coloca é a seguinte: se os autores tivessem oportunidade de visitar os lotes antes de decidir qual iriam adquirir, ou se tivessem acesso a imagens da área verde no lote vizinho, a existência da árvore influenciaria no processo de tomada de decisão?

Na avaliação que faço a resposta é positiva. Se os autores tivessem uma noção precisa da posição e, principalmente, das dimensões da árvore, não adquiririam aquela unidade, salvo se recebessem um desconto que tornasse o negócio atrativo.

Todos hão de concordar que um pau-d'álho é realmente uma coisa linda de se ver, desde que não muito próximo de seu terreno, e de forma alguma à sua janela, com a copa se projetando por sobre seu telhado. Nesse ponto, assiste razão aos autores quando articulam que as rés Gold Polônia falharam no dever de bem informá-los a respeito das características do bem que colocaram no mercado, induzindo-os em erro. Essa falta de transparência nas informações a respeito do produto resulta em evidente ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Oportuno lembrar que o art. 6º, inciso III do CDC estabelece que é direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, *características*, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”; esse comando é complementado pelo art. 31 do CDC, que determina que “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas *características*, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores”. Ao menos no que tange ao pau-d'álho, entendo que esses dois comandos do código consumerista foram negligenciados pelas rés Gold Polônia.

Por aí se vê que a omissão das rés Gold Polônia em dar conhecimento preciso da localização e do tamanho da árvore, fez com que os autores acertassem o preço da unidade ignorando a presença de fator de desvalorização que sem dúvida repercutiria na decisão de compra, se não para a escolha de outra unidade — vale lembrar que os autores estavam dentro do grupo dos 50 primeiros adquirentes, tanto que selecionados na promoção que previa a entrega de eletrodomésticos — ao menos para negociar uma redução no preço, melhores condições de pagamento ou até para condicionar a compra à retirada da árvore.

Resta saber a extensão dessa falha, vale dizer, se a omissão quanto à existência da árvore deve ser solucionada pela resolução do contrato ou pelo abatimento do preço e, neste caso, o percentual do deságio que deve ser aplicado a título de indenização.

De largada adianto que a hipótese não é de resolução do contrato. Apesar de todos os

incômodos causados pela conjugação entre as dimensões do pau-d'álho e a proximidade com o lote dos autores, a árvore não desnatura a função e utilidade do imóvel, tampouco impede o gozo da coisa de acordo com as expectativas razoáveis dos promitentes-compradores quando da aquisição do bem. A inicial aponta que a movimentação das raízes do pau-d'álho causam danos ao imóvel dos autores, porém o laudo pericial exclui essa hipótese de forma taxativa; no que diz respeito a danos atuais, os problemas cingem-se à projeção dos galhos pelo telhado e à queda de folhas no quintal e nas calhas da residência dos autores.

Embora o laudo pericial tenha constatado que a árvore está acometida de cupins, que eventualmente podem comprometer sua solidez e, por desdobramento lógico, ameaçar a segurança dos autores, não está claro se a infestação já havia se revelado ao tempo da construção do imóvel ou da entrega das chaves. Como essa infestação se revela a olho nu, sem que para isso seja necessário exame mais acurado — eu mesmo a percebi sem dificuldades, o que muito diz, dado que meu conhecimento de botânica é quase nulo — é razoável supor que se a árvore já estivesse acometida pelos cupins ao tempo em que os autores se mudaram, certamente teriam acionado a construtora ou o condomínio para tomar providências quanto ao risco de queda.

Considerando que a residência dos autores e de outros condôminos também foi acometida por cupins, duas hipóteses se abrem: (1) os insetos que se instalaram no pau-d'álho migraram da residência dos autores ou de outro imóvel vizinho; (2) o foco da infestação está na árvore, de onde partiram as legiões que se instalaram nas unidades do condomínio, na dos autores inclusive.

De toda sorte, diante do quadro de incerteza sobre a origem dos cupins, penso que não há como imputar às rés Gold Polônia os riscos à segurança do imóvel constatados pela perícia, que aparentemente devem ser superadas pelo autores junto à administração do condomínio.

Pelas mesmas razões que resultam na rejeição da pretensão de rescisão do contrato, o pedido alternativo de troca do imóvel por outro com as mesmas características — exceto, por óbvio, a indesejada vizinhança com um pau-d'álho — também deve ser repellido. Conforme visto, a árvore traz toda uma gama de problemas, mas não afeta a fruição do imóvel segundo as expectativas razoáveis dos compradores.

O caminho que se abre então é a via da compensação, uma vez que a árvore implica em fator de desvalorização do imóvel. Com efeito, é improvável que alguém cogitasse em comprar o imóvel dos autores tendo a oportunidade de visitar o lote, ao menos não por preço equivalente ao pago pelos atuais proprietários. Dito de outra forma, a presença daquela árvore faz com que o imóvel dos autores possua um valor de mercado inferior ao das unidades similares que não contam com essa característica.

Passando para a quantificação do valor da indenização a ser fixada a título de compensação, de pronto afasto o percentual proposto pelos autores (abatimento de 30%), uma vez que excessivo e desproporcional aos prejuízos suportados, especialmente sob o ponto de vista da desvalorização do imóvel. Conforme já dito e redito nesta sentença, é fora de dúvida que a árvore já foi fonte de diversos transtornos aos autores, como telhas quebradas e o entupimento frequente das calhas. No entanto, ela não impediu nem impede o uso pleno da propriedade segundo as expectativas razoáveis dos adquirentes. Basta lembrar que o laudo pericial apurou que os autores ampliaram o imóvel com a construção de uma área de serviço, benfeitoria que não foi frustrada pela presença da árvore. Ou seja, a desvalorização do imóvel por conta da localização e das dimensões da árvore existe, mas é muito menos intensa do que o sugerido pelos autores, não se afastando sobremaneira do mínimo.

Atento a tudo isso, estabeleço o fator de desvalorização do imóvel em 5% do valor informado no contrato de promessa de compra e venda (R\$ 99.432,60), o que corresponde a R\$ 4.971,63, cifra que deverá ser atualizada a contar de 02/09/2010, data em que assinado o contrato, também pela variação da SELIC.

A responsabilidade pelo pagamento dessa indenização deve recair exclusivamente sobre as rés Gold Polônia, de forma solidária. É que na perspectiva da ré Caixa Econômica Federal, os demandantes não firmaram contrato de financiamento de construção, mas sim de empréstimo habitacional para compra de imóvel adquirido de terceiro, no caso as rés Gold Polônia. Nessa modalidade de financiamento, a escolha do imóvel é responsabilidade do comprador, de modo que a CEF intervém apenas como agente financeiro da transação, emprestando os recursos para o comprador adquirir o bem; — importante observar que não se está diante de empreendimento de habitação popular de cunho governamental, hipótese em que a Caixa Econômica Federal desenvolve papel muito mais proeminente, até mesmo de supervisão na execução da obra.

Com efeito, na hipótese dos autos, parece-me que o agente financeiro não assume responsabilidade pela solidez e segurança da obra, em especial na perspectiva de existência de vícios ocultos, como no caso. Nessa modalidade de contrato, sequer se pode falar em hipótese de corresponsabilidade entre o agente financeiro e o vendedor/construtor.

É bem verdade que para a aprovação do contrato o empreendimento passa por análise da Caixa Econômica Federal, que também faz vistorias periódicas durante a fase de construção. Contudo, tais exames têm a finalidade de verificar a adequação entre o valor de mercado do bem e o montante financiado, bem como para assegurar que os valores liberados à construtora efetivamente estão sendo aplicados na obra. Ou seja, não se trata de vistoria com o objetivo de analisar de forma vertical a solidez do imóvel, questão, aliás, que está realçada no parágrafo terceiro da cláusula terceira do contrato de financiamento:

CLAUSULA TERCEIRA — LEVANTAMENTO DOS RECURSOS

(...)

PARÁGRAFO TERCEIRO — O acompanhamento da execução da obra para fins de liberação de parcelas é efetuado pela Engenharia da CEF, ficando entendido que a vistoria é feita EXCLUSIVAMENTE para efeito de medição do andamento da obra e verificação da aplicação dos recursos, sem qualquer responsabilidade técnica pela edificação.

Sem desconhecer a existência de julgados que vislumbram a responsabilidade do agente financeiro em casos como o debatido nestes autos, transcrevo alguns precedentes que seguem a linha de raciocínio ora defendida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO. FINANCIAMENTO DE IMÓVEL. RESPONSABILIDADE DA CAIXA LIMITADA À LIBERAÇÃO DO EMPRÉSTIMO. ILEGITIMIDADE DE PARTE DO AGENTE FINANCEIRO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAR O FEITO SUBJACENTE. - *Considerado o fato de que a Caixa Econômica Federal atuou meramente como agente financeiro, não possui esta legitimidade para figurar no polo passivo da ação de rescisão contratual c.c danos materiais e morais, em virtude de vícios na construção do imóvel, tendo sido sua responsabilidade limitada à liberação do empréstimo.* - Acolhido o pleito sucessivo dos agravantes. Possível a tramitação do feito no Juízo Estadual de Franco da Rocha, domicílio de dois dos três réus (artigo 46 do CPC/15) que, inclusive, firmaram contrato com eleição de foro na localidade onde o imóvel estivesse situado. -Agravado de instrumento

parcialmente provido. (TRF 3ª Região, AI 0013208-70.2016.4.03.0000, rel. Des. Federal Souza Ribeiro, j. 18/10/2016).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE IMÓVEL. VÍCIO DA CONSTRUÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA SUSPENDER PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. TEORIA DA ASSEÇÃO. IMPROVIMENTO. 1. Preliminares rejeitadas. Observados os requisitos legais para a interposição do recurso. As procurações dos corréus não foram apresentadas porque, provavelmente, sequer teriam apresentado resposta na ação de origem. Ademais, a antecipação da tutela afeta apenas a CEF. 2. A questão controvertida diz respeito à suspensão dos pagamentos das prestações de contrato de financiamento de imóvel em virtude da ocorrência de vício de construção. 3. Os agravados firmaram contrato de financiamento com a CEF para aquisição de bem imóvel que, segundo eles, encontrava-se em perfeitas condições. No entanto, após a formalização do contrato e a entrega das chaves, constataram a existência de vazamento de esgoto persistente em virtude de vício na construção. 4. A ação de origem foi ajuizada com vistas à anulação do contrato de compra e venda e de mútuo, além da indenização por danos materiais e morais. 5. *Em princípio, nas demandas em que se discute a responsabilidade pelo vício do imóvel financiado, a Caixa Econômica Federal, agindo na qualidade de agente financeiro, não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação.* 6. *No caso concreto, os agravados pretendem, mais do que a indenização pelo vício do imóvel, a anulação dos contratos e, consequentemente, dos registros imobiliários. Aplicação da Teoria da Asserção.* 7. Há verossimilhança das alegações quanto à existência de defeito de construção no imóvel, tornando-o impróprio para a habitação, devendo ser mantida a tutela antecipada para suspender o pagamento das prestações do financiamento até o julgamento da causa, oportunidade em que serão acertadas as obrigações dos agravados, dos vendedores do bem entre si e com a CEF. 8. Agravo a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, 11ª Turma, AI 0022519-90.2013.4.03.0000, rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 31/08/2015).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE FINANCEIRO. RECURSO NÃO PROVIDO. - Sendo diversos os contratos de compra e venda e de mútuo hipotecário, não pode o agente financeiro ser responsabilizado por supostos vícios redibitórios encontrados na coisa vendida, salvo se ele atuou decisivamente na construção, notadamente como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda (RESP 738.071). - Quando contrato de mútuo firmado entre o mutuário/comprador e o agente financeiro tem por objeto apenas a disponibilização de empréstimo em dinheiro para a aquisição de imóvel, bem como a constituição de hipoteca sobre o respectivo bem, não deve este responder por eventuais vícios construtivos. - *A vistoria realizada pelo agente financeiro destina-se a verificar o estado do bem e conferir o respectivo valor de mercado, mas tem por escopo resguardar os interesses do credor, não conferindo, de regra, direitos ao mutuário em face daquele, caso constatado vício no bem.* (TRF4, AG 5034282-05.2015.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 19/02/2016).

Dessa forma, concluo que a Caixa Econômica Federal não pode ser responsabilizada pelos vícios do imóvel, obrigação que vincula apenas as rés Gold Polônia, de forma solidária.

Dano moral.

Passo a analisar o pedido de condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais aos autores.

Por dano moral entende-se a lesão aos direitos da personalidade, cuja reparação não passa pela fixação de indenização pecuniária que não possui natureza compensatória, mas sim

mera atenuação da dor e sofrimento decorrente do prejuízo imaterial.

Logo na abertura do segmento *H* da inicial, que trata especificamente dos danos morais, os autores identificam as causas que configuram o abalo moral que pretendem ver indenizado, que numa ligeira síntese são os seguintes: o atraso na entrega da obra, a falta de entrega dos eletrodomésticos prometidos, os incômodos causados pela falta de repasse de parcelas pela CEF à PDG, os valores pagos a maior à vendedora, os defeitos no acabamento da construção (trincas e desgaste precoce) os incômodos causados pela árvore no terreno vizinho e um episódio envolvendo um defeito na ligação do esgoto. Especificamente em relação à Caixa Econômica Federal, os autores alegam que “... a CEF tem deixado de repassar os valores depositados pelos contratantes do financiamento à PDG, o que vem gerando incômodos periódicos referentes a cobranças de valores que lá estão depositados, vindo estas cobranças por telefone sempre acompanhadas de ameaças”.

A maior parte dos eventos narrados pelos autores não configuram dano moral, seja porque sua existência não está comprovada, seja porque são aborrecimentos que se compensam pela recomposição do patrimônio desfalcado.

Do primeiro grupo, pode-se mencionar a alegação de atraso na obra, tese rechaçada nesta sentença, bem como a afirmação de que a Caixa Econômica Federal não repassa à PDG as prestações dos autores, o que não está amparado em qualquer elemento. E não bastasse o fato de que a desídia do agente financeiro não foi demonstrada, a prova também não confirma os supostos telefonemas belicosos pelas rés Gold Polônia, que de acordo com a inicial são fonte de constrangimento aos autores.

No segundo grupo de eventos, que compreende aqueles que geraram danos comprovados, mas que se neutralizam pela recomposição do patrimônio desfalcado, inserem-se a questão envolvendo a entrega dos eletrodomésticos — dissabor que se resolverá com cumprimento da obrigação — e os transtornos causados pela árvore do lote vizinho, compensados pela indenização correspondente ao abatimento no preço.

Todavia, nove fora essas ocorrências, os autores acrescentam ao debate um fato que acabou comprovado na instrução e que em minha avaliação indubitavelmente configura dano moral. Trata-se do episódio da conexão (ou falta de) dos canos que saem na residência dos autores com a rede de esgoto. Eis os fatos.

Depois de alguns poucos meses habitando o imóvel, já vivenciando os problemas causados pelo pau-d’alho, os autores começaram a se ver envolvidos por um mau cheiro persistente que vinha não se sabia bem de onde. Depois de alguma investigação, lograram comprovar a origem do odor repugnante, e a causa, com o perdão do trocadilho, é de causar espécie... é quase inacreditável! É que na finalização da obra, os construtores *esqueceram* de conectar o cano de esgoto que sai da casa dos autores com a rede pública. O resultado disso é que por meses a fio os dejetos produzidos no lar da família Pereira da Silva foram se acumulando no subsolo, na parte frontal do terreno, daí gerando o mau cheiro.

Esse mesmo problema (e vários outros, principalmente na parte elétrica das residências) também foram vivenciados por outros moradores, conforme exposto no depoimento das testemunhas *Luiz Carlos Brunassi* (*Várias casas apresentavam problemas, sendo os mais comuns a infestação de cupins e defeitos na rede de esgoto. / Sei que muitos moradores (mais da metade) encaminharam reclamações sobre defeitos de construção.*), *Aparecida Soussin Campesan* (*Meu esposo que fez a vistoria da casa, tendo constatado vários defeitos que foram apontados no termo de vistoria. Porém quando me mudei vários problemas persistiram e*

nem tudo foi reparado), Marilda Trizoli (Minha casa também apresentou vários problemas, mas como a construtora estava demorando muito para efetuar os reparos, acabei consertando com meus próprios recursos, porém não documentei esses fatos. Quando recebi o imóvel apontei alguns problemas no termo de vistoria, mas nada daquilo que pedi foi reparado. Também tive problemas na parte elétrica, mas também o resolvi por conta.) e Cleiton Antonio da Silva (Minha casa também apresentou problemas de qualidade; o piso não estava bem nivelado, assim como as paredes; alguns pisos estavam descascados e a rede elétrica apresentava problemas. Os problemas com a rede elétrica e parte dos defeitos com os pisos foram resolvidos pela construtora.).

Como não poderia deixar de ser, a construtora assumiu a autoria da gafe e providenciou o reparo da falha na conexão dos canos, efetuando também a troca de algumas cerâmicas que apresentaram sinais de infiltração do esgoto. No entanto, o conserto dos canos não tem o condão de apagar o sentimento de desgosto, repulsa e humilhação que seguramente aflorou nos autores quando constataram que uma falha os obrigou a sofrer os incômodos de conviver com os próprios dejetos se acumulando no próprio terreno em vez de tomarem o rumo que se esperava. Além disso, é de se presumir que o desaparecimento da causa não levou ao desaparecimento simultâneo dos efeitos, de modo que mesmo depois do conserto os autores ainda tiveram que suportar por mais algum tempo com o mau cheiro, até que todo material orgânico fosse absorvido pelo solo.

Por aí se vê que os problemas que os autores atravessaram em razão da absurda falha na canalização do esgoto de sua casa não podem ser encarados como mero aborrecimento, uma nonada.

Assentada a existência de dano moral, resta apenas quantificar a indenização justa para compensar o sofrimento experimentado pelos demandantes, o que faço tomando como ponto de partida o lúcido comentário de MARIA HELENA DINIZ sobre as dificuldades em avaliar pecuniariamente o dano moral:

A esse respeito, é preciso esclarecer que o direito não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenuie, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano. Não se pergunta: Quanto vale a dor dos pais que perdem um filho? Quanto valem os desgostos sofridos pela pessoa injustamente caluniada? porque não se pode avaliar economicamente valores dessa natureza. Todavia, nada obsta a que se dê reparação pecuniária a quem foi lesado nessa zona de valores. A fim de que ele possa atenuar alguns prejuízos irreparáveis que sofreu. Assim, com o dinheiro, o lesado poderia abrandar sua dor, propiciando-se alguma distração ou bem-estar. O dinheiro não aparece, portanto, como real correspondência equivalente, qualitativa ou quantitativamente, aos bens perdidos pelo lesado. Não há quantia capaz de corresponder, p. ex., ao sofrimento causado aos pais pela morte de um filho querido; ao abalo emocional pelo impacto de uma injúria; à humilhação ou contrariedade causada pela queda de crédito oriunda de uma calúnia ou difamação etc. A reparação pecuniária teria, no dano moral, uma função satisfatória ou compensatória e, concomitantemente, penal, visto ser encargo suportado por quem causou o dano moral (RTJ, 67:182). Não procede, portanto, essa objeção, pois nem mesmo na seara da responsabilidade por dano patrimonial se teria uma real equipolência entre o valor do objeto danificado e o da quantia de sua indenização. O lesado sempre prefere não ter sofrido qualquer lesão, logo o dinheiro que se lhe dê, qualquer que seja o montante indenizatório arbitrado, jamais faria com

que se sentisse compensado. A impossibilidade de avaliação do dano moral, hodiernamente, como pontifica Antunes Varela, está quase que superada pelos critérios jurisprudenciais adotados para certas modalidades de danos morais (morte do filho, pais, parentes próximos etc.), que pelas circunstâncias concretas do caso (desgostos oriundos de uma intervenção cirúrgica desnecessária não deverão ser indenizados por quantia inferior ao preço da operação). Curso de direito civil brasileiro, 7º volume : Responsabilidade Civil – 21 ed. rev. atual. — São Paulo : Saraiva, 2007, p. 93-94.

De fato, a indenização por dano moral serve para atenuar por meio de pecúnia o desgosto de quem foi lesado. Justamente por lhe faltar o caráter de recomposição do patrimônio desfalcado, o arbitramento do valor da indenização pelo dano moral é ato dos mais complexos. Na operação que busca arbitrar o justo valor, cabe ao julgador equilibrar, dentre outras variáveis, a extensão do dano, a razoabilidade, a proporcionalidade, a repercussão entre terceiros, o caráter pedagógico ou punitivo da indenização e a impossibilidade desta se constituir em fonte de enriquecimento indevido.

Sopesadas essas diretrizes, penso que os valores propostos na inicial a título de indenização por dano moral (no mínimo 30 salários mínimos) são flagrantemente desproporcionais ao dano experimentado. Nem mesmo a análise do caso sob o prisma do caráter pedagógico da medida justifica a exasperação da reprimenda em montante fronteiro ao requerido na inicial.

Assim, atento às peculiaridades do caso concreto e invocando o princípio da razoabilidade, fixo os danos morais em R\$ 4.000,00.

Em meu ponto de vista à condenação por dano moral não se aplica a orientação da súmula 54 do STJ (*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*). Isso porque a indenização por dano moral não tem natureza reparatória, ou seja, de recomposição de patrimônio desfalcado, mas sim compensatória, de sorte que o justo valor da compensação é arbitrado por ocasião da sentença. Logo, só a partir daí é que se pode falar em mora do devedor. No entanto, ressalvada minha posição na matéria, curvo-me ao entendimento sedimentado do STJ no sentido de que “No caso de indenização por dano moral puro decorrente de ato ilícito os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ). A fim de evitar a *reformatio in pejus*, mantidos os juros nos termos fixados.” (AgRg no AREsp 625.047/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe 21/09/2015).

Descendo para o caso dos autos, vejo que a inicial informa que as causas do problema com a infiltração de esgoto foram identificadas em 24 de julho de 2012. Como essa informação não foi contestada pelas rés Gold Polônia, esse deve ser o termo inicial da atualização, que também deverá ocorrer de acordo com a variação da SELIC.

Por fim, observo que as mesmas razões que fundamentam a isenção da Caixa Econômica Federal de responsabilidade pelos vícios de construção aplicam-se neste ponto para eximir a ré em questão de indenizar os autores por danos imateriais, que deverão ser suportados apenas pelas corrés Gold Polônia, de forma solidária.

Tudo somado, impõe-se o julgamento de parcial procedência do pedido.

III — DISPOSITIVO

Julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido, para o fim de condenar as rés GOLD POLÔNIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, PDG REALTY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES e GOLDFARB INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES S/A, de

forma solidária, às seguintes obrigações: (1) pagar aos autores R\$ 677,36, cifra que deverá ser atualizada pela variação da SELIC a contar de 23/02/2012 até a data do pagamento; (2) entregar aos autores, em até 120 dias contados do trânsito em julgado, os seguintes eletrodomésticos: a) refrigerador duplex 324 litros, b) fogão de piso com 4 bocas e c) forno de micro-ondas de 30 litros, todos novos e da cor branca; (3) pagar aos autores R\$ 4.971,63, montante que deverá ser atualizado pela variação da SELIC desde 02/09/2010 até a data do pagamento; (4) pagar aos autores indenização de R\$ 4.000,00, atualizados pela variação da SELIC a contar de 24/07/2012 até o pagamento.

Condeno os autores ao pagamento de honorários às rés, que fixo em 10% do valor da causa para cada requerida. Contudo, essa obrigação fica suspensa em razão da concessão da assistência judiciária gratuita.

Condeno as rés GOLD POLÔNIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, PDG REALTY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES e GOLDFARB INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES S/A, *de forma solidária*, ao pagamento de honorários aos autores, que fixo R\$ 1.500,00 para ambos os litigantes. A cifra corresponde a uma estimativa aproximada de 10% do valor atualizado da condenação das requeridas.

As custas serão divididas da seguinte forma: 1/3 para as rés GOLD POLÔNIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, PDG REALTY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES e GOLDFARB INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES S/A e 2/3 para os autores. Todavia, fica suspensa a exigibilidade das custas devidas pelos autores em razão da concessão da AJG.

Independentemente do trânsito em julgado, expeça-se alvará para o levantamento dos honorários do perito.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se

Araraquara, 7 de novembro de 2016.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM**0021916-79.2015.4.03.6100**

Autora: ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: HERALDO GARCIA VITTA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2017

Relatório.

Trata-se de ação de rito ordinário, objetivando a “declaração de existência de relação jurídica que obrigue a ré a aceitar doravante as deduções integrais de despesas com instrução própria e/ou de dependentes dos associados da autora, pessoas físicas, ativos ou inativos, por ocasião da declaração de ajuste anual visando a apuração do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, despesas essas efetuadas em estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas, relativamente ao ensino fundamental, médio e superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização), e relativamente à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e tecnológico, na conformidade da redação da primeira parte do art. 8º, II, ‘b’, da Lei Federal nº 9.250/95, porém, SEM QUALQUER LIMITAÇÃO INDIVIDUAL, desconsiderando, portanto somente a parte final do artigo 8º, II ‘b’ da Lei Federal nº 9.250/1995. Condenação da ré no pagamento de eventuais diferenças apuradas no passado dos filiados da APESP, ativos ou inativos que tenham tido dedução limitada de despesas com instrução própria ou de dependentes, respeitada a prescrição quinquenal antes do ajuizamento desta demanda, com correção monetária a partir de quando devidas as diferenças e juros de mora de 1% ao mês, nos termos do artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional”.

Alega a autora ser inconstitucional o art. 8º, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.250/95, que desautoriza a dedução total das despesas de educação do contribuinte e de todos os seus dependentes, quando da apuração do imposto de renda, vez entender ser dever do Estado prover educação e por este não atuar suficientemente, tal limite não deve existir.

Inicial com os documentos de fls. 14/49 e 54/56.

Contestação da União (fls. 65/77), alegando preliminarmente, *ausência de interesse processual* ante a inadequação de ação coletiva para discutir questões tributárias; *ilegitimidade ativa* pela incidência da vedação contida no art. 1º, pu. da Lei 7.347/85 e necessidade do rol dos associados substituídos à época do ajuizamento da ação. *Impugna o valor dado à causa*. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

Réplica às fls. 81/88.

Instadas à especificação de provas (fl. 78), as partes pediram o julgamento antecipado da lide (fl. 80).

Vieram os autos conclusos para decisão.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

Tratando-se de ação coletiva, preliminarmente aprecio questões processuais prejudiciais pertinentes à espécie.

Preliminarmente, constato a competência deste juízo.

No tocante às ações coletivas, a competência em razão do lugar é absoluta, porque funcional, por expressa disposição legal, art. 2º da Lei nº 7.347/85, “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do *local onde ocorrer o dano*, cujo juízo terá competência *funcional* para processar e julgar a causa.”

Embora possa se entender que o alcance das decisões em ação civil pública não se limita necessariamente à competência territorial do órgão prolator, mas sim ao limite do dano, isso fica também delimitado pelo *alcance do pedido inicial*, como, evidentemente, em qualquer ação judicial.

Ocorre que em caso de ação coletiva para defesa de interesses de grupo, categoria ou classe, o objeto da ação fica *necessariamente adstrito à abrangência da representatividade do autor*.

No caso em tela trata-se de *associação, com representatividade regional*, alcançando todo o Estado de São Paulo, como consta de sua denominação e de seu estatuto, ou seja, *representa apenas os servidores em sua base territorial*, não tendo sequer legitimidade ativa para além disso.

Nessa esteira, embora o alegado dano seja efetivamente de caráter nacional, o grupo defendido é regional, pelo que *o dano combatido pela presente ação só pode ser aquele causado aos procuradores do Estado das cidades sob representação do autor*, ou seja, objeto da lide diz respeito a questão de alcance nacional, mas, pelo limite de representatividade da autora, *só incide em limites regionais*.

Posto isso, o âmbito da lide só pode ser *regional, alcançando mais de uma Subseção Judiciária do Estado de São Paulo*, pela limitada abrangência da parte autora, incidindo o art. 93, II, do CDC, atraindo a competência funcional absoluta de uma das varas da Justiça Federal da Capital.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO SEM EXAME DO MÉRITO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA AFASTADA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA. SENTENÇA ANULADA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE APENAS SOBRE AS VERBAS PAGAS A TÍTULO DE AVISO PRÉVIO INDENIZADO E FÉRIAS PROPORCIONAIS. COMPENSAÇÃO NA FORMA DA LEI Nº 11.457/2007 E ART, 170-A DO CTN.

(...)

2. Nas ações coletivas propostas por sindicato, deve se considerar, para a fixação da competência em razão do lugar, a base territorial do sindicato autor e não o domicílio de seus filiados.

(...)

(AC 201051010086502, Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA, TRF2 - TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 13/05/2013.)

Quanto ao *alcance subjetivo* da representação processual, sendo o direito postulado de caráter coletivo, *o objeto da lide alcança toda a categoria econômica representada pela associação autora, filiados na data da propositura da ação, 23/10/2015 e domiciliados no âmbito do Estado de São Paulo*, a ser apurado em cumprimento de sentença “art. 2º-A: A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator” (art.

2º-A, Lei 9.494/97 introduzido pela MP 2180-35/2001).

Ratificando essa assertiva “É que não podemos confundir a competência jurisdicional com a extensão da decisão do magistrado, ou seja, os limites subjetivos da coisa julgada. Expõe Mônica Garcia: ‘Sobre a eficácia das decisões em ações cautelares, teceram preciosos comentários NELSON NÉRY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NÉRY, plenamente aplicáveis relativamente aos dispositivos em comento: 8. Extensão da liminar. Em se tratando de ação coletiva, cuja sentença fará coisa julgada erga omnes ou ultra partes, conforme o caso (LACP 16; CED 103), a liminar também deve produzir seus efeitos de forma estendida, alcançando todos aqueles que tiverem de ser atingidos pela autoridade da coisa julgada. Por exemplo, juiz estadual pode conceder liminar para ter eficácia no Estado, em outros Estados e no país. A questão não é de jurisdição nem mesmo de competência, mas de eficácia erga omnes e ultra partes da decisão judicial, isto é, de limites subjetivos da coisa julgada. Os sujeitos envolvidos nas questões objeto da ACP é que serão atingidos em sua esfera jurídica. Em matéria de ACP, não se pode raciocinar com a incidência dos institutos ortodoxos do processo civil, criados para a solução de conflitos individuais, intersubjetivos. Os fenômenos coletivos estão a exigir soluções compatíveis com as necessidades advindas dos conflitos difusos ou coletivos’. b) Admitindo-se a aplicação do *caput* do art. 2º-A (mais uma vez a título de argumentação), o limite temporal referido na norma jurídica (*a ação abrangerá somente os associados que, na data da propositura da ação, tenham domicílio na jurisdição do juiz*) deve ser excluído nas hipóteses em que a pessoa, a princípio, não tinha, segundo a ordem jurídica, qualificação especial ou status, determinado pelo direito, para poder associar-se, tendo adquirido esse status, ou condição jurídica, depois da propositura da ação coletiva. Explicando. Se entidade associativa de servidor público propõe mandado de segurança coletivo, e, depois disso, uma pessoa ingressa nos quadros do Poder Público, associando-se na entidade, o mandado de segurança coletivo alcançará os possíveis direitos desse ‘novo servidor público’. Em suma: a exigência temporal (substitutos até a data da propositura da ação), referida na norma jurídica, aplicar-se-ia somente se a pessoa, naquela data, já possuía as condições jurídicas de poder associar-se e não o fez. Essa, nos parece, é a única interpretação razoável” (Vitta, Heraldo Garcia, Comentários à Lei nº 12.016/09, ed. Saraiva, 3ª ed., 2010, págs. 169/170).

Quanto à *legitimidade ativa*, o tratamento dado a sindicatos e associações é diverso, conforme estabelecido no recente precedente do Supremo Tribunal Federal no RE 573232, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Relator p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, DJe-182 18-09-2014, publicado em 19-09-2014.

No que toca a *sindicatos*, sua legitimidade para representar os interesses de toda a categoria decorre diretamente de seu estatuto, bem como do art. 8º, III, da Constituição, “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

Diferente é a situação das *associações*, como firmado no referido precedente da Corte Suprema, dado que sua legitimidade para ações metaindividuais tem fundamento no art. 5º, XXI, da Constituição, “as entidades associativas, *quando expressamente autorizadas*, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.”

Cito sua ementa:

REPRESENTAÇÃO - ASSOCIADOS - ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE.

O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica,

não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL - ASSOCIAÇÃO - BENEFICIÁRIOS.

As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

(RE 573232, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, DJe-182 DIVULG 18-09-2014 PUBLIC 19-09-2014 EMENT VOL-02743-01 PP-00001)

Embora a ementa do citado RE possa trazer alguma confusão quanto ao alcance da orientação jurisprudencial, da leitura atenta da íntegra do acórdão se extrai que o que se decidiu é que à representação processual pela via da ação coletiva por associação não basta previsão genérica do estatuto social a revelar a defesa dos interesses dos associados, mas a autorização expressa não precisa ser necessariamente nominal, individualizando de plano os substituídos, sendo suficiente a tanto a autorização específica em assembleia, ou seja, a autorização expressa fica suprida ou por ato individual do associado ou por deliberação tomada em assembleia, alternativamente.

É o que se extrai dos votos do Ministro Relator Marco Aurélio à pág. 23, do Ministro Teori Zavascki no item 4 da pág. 56 e no item 5 da pág. 58 e da Ministra Rosa Weber no terceiro parágrafo da pág. 60, do v. acórdão, bem como do sumário do julgamento no informativo do Supremo Tribunal Federal nº 746:

Associações: legitimidade processual e autorização expressa – 5

PROCESSO

RE 573232

A autorização estatutária genérica conferida a associação não é suficiente para legitimar a sua atuação em juízo na defesa de direitos de seus filiados, sendo indispensável que a declaração expressa exigida no inciso XXI do art. 5º da CF (“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”) seja manifestada por ato individual do associado ou por assembleia geral da entidade. (...)

(RE-573232)

No caso paradigma houve a apresentação de listas, sem autorização em assembleia, por isso a delimitação do alcance unicamente aos constantes das listas.

Corroborando essa assertiva, no pertinente às associações “225) Há, ainda, o instituto jurídico denominado representação processual. No caso, o titular da relação processual representa o titular do direito material, ou seja, age em nome deste. Enquanto na legitimidade extraordinária o sujeito ativo da ação não representa o titular do direito material, pois exerce esse direito (de ação), em nome próprio, substituindo o titular do direito material; na representação processual, o titular da relação processual representa o titular do direito material, ou seja, age em nome deste. (...) E estabelece o art. 5º, XXI, da Carta Magna: ‘as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente’. *A nosso ver, esses dispositivos constitucionais referem-se à ‘representação processual’, e, por isso, já necessidade de autorização dos integrantes (representados) para que a entidade (representante) possa agir em juízo.* O representante não age em nome próprio, mas em nome de outrem” (Vitta, Heraldo Garcia, Comentários à Lei nº 12.016/09, ed. Saraiva, 3ª ed., 2010, págs. 169/170).

No caso *presente há autorização em assembleia geral*, conforme consta da “Ata da Assembleia Geral Extraordinária de 08 de novembro de 2014”, “... tendo sido votada e deliberada, em primeiro lugar e por maioria superior ao quórum estatutário de 2/3 (dois terços) dos presentes, a autorização para que a Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo - APESP proponha ações coletivas para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de seus associados, bem como execute eventuais títulos judiciais que decorram da propositura destas ações. Foram autorizados o ajuizamento de ações sobre os seguintes temas: ...(ix) fim de limitações à dedução, na declaração de ajuste anual do Imposto de Renda, dos valores pagos a título de educação ...” (fls. 16/47), quórum este de acordo com o disposto no art. 43 do Estatuto da APESP “art. 43 - as deliberações nas Assembleias serão tomadas pelo voto favorável de 2/3 (dois terços dos presentes)” (http://apesp.org.br/wp-content/uploads/2015/07/estatuto_apesp2016.pdf).

Assim, nesse tocante, patente a legitimidade ativa da autora para representação de seus associados em ação coletiva.

Rejeito a preliminar de *ausência de interesse processual* ante a inadequação de ação coletiva para discutir questões tributárias, vez que a legitimidade ativa da associação para ação coletiva em sede de matéria tributária é admitida pelo STJ (AGARESP 201102737508, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 22/05/2012). Cabendo observar que os julgados apresentados pela União são mais antigos e referentes à ação civil pública.

PROCESSUAL CIVIL. ASSOCIAÇÃO. PEDIDO. RECONHECIMENTO DE COMPETÊNCIA FUNCIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA PROCESSUAL.

1. Hipótese em que a Associação dos Fiscais de Atividades Econômicas do Município do Rio de Janeiro propôs a presente ação coletiva com dois pedidos: a) declaração da prerrogativa dos fiscais de atividades econômicas para lançar determinadas taxas municipais; e b) condenação do Município para que inscreva tais créditos em dívida ativa e os execute judicialmente.
2. A Municipalidade entende que somente os Fiscais de Renda detêm competência para lançar os tributos, e não os associados da agravada.
3. O Tribunal de origem não adentrou o mérito da demanda. Apenas reverteu parcialmente a sentença, reconhecendo a legitimidade ativa processual da associação para discutir as prerrogativas e competências funcionais dos fiscais de atividades econômicas. Afastou, entretanto, a legitimidade para pedir a inscrição dos créditos em dívida ativa e sua cobrança, por se tratar de relações jurídicas entre terceiros (o Fisco e os contribuintes).
4. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
5. Os sindicatos e as associações de classe estão legitimados para ajuizar ações visando à defesa dos direitos e das prerrogativas de seus filiados, independentemente de autorização. Precedentes do STJ.
6. A alegação do Município a respeito da ilegitimidade da associação para o pedido de inscrição e cobrança dos créditos é impertinente, pois isso já foi reconhecido pelo TJ.
7. Agravo Regimental não provido.
(AGARESP 201102737508, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:22/05/2012 ..DTPB:.)

Nesse sentido colaciono os julgados abaixo

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO. IRPF. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA. SUCUMBÊNCIA.

1. Firmada a jurisprudência no sentido de ser exigível o imposto de renda sobre o terço consti-

tucional de férias, por se tratar de verba remuneratória e não indenizatória.

2. Configurada a exigibilidade da exação, resta prejudicada, por evidente, a possibilidade de sua restituição.

3. O pedido de concessão dos benefícios da gratuidade judicial já foi devidamente apreciado (AI 2015.03.00.003108-3), devendo ser mantida a condenação da autora, diante de seu decaimento, tal como fixada pela sentença (R\$ 5.000,00, em 12/2015, equivalente a 10% do valor atualizado da causa), em conformidade com o entendimento consagrado da Turma, nos termos do artigo 20, § 4º, CPC/1973, vigente ao tempo da sentença.

4. Apelação desprovida.

(AC 00070017820144036126, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LEI Nº 7.713/88. ISENÇÃO. AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE ATIVA. EFEITOS DA SENTENÇA. ART. 2º-A DA LEI 9.494/97. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. POSSIBILIDADE.

1. Não se há de falar na hipótese de afronta ao parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.347/1985, na medida em que na hipótese em exame não se trata de ação civil pública, mas de ação coletiva.

2. “A ação civil pública não é a única ação para a defesa de interesses coletivos, tampouco a única possível de ajuizamento pelas associações. Uma vez autorizada pelos seus membros, a associação poderá propor qualquer ação, seja de conhecimento, condenatória, declaratória, execução, tendo como requisitos a prévia autorização dos associados e a correlação com os objetivos constitucionais.” (APELREXX 0001798-92.2009.4.03.6100, relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, e-DJF3 Judicial 1: 02/06/2011)

3. A associação autora juntou aos autos cópia da Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 04 de novembro de 2010 que autorizou a propositura desta demanda, cumprindo o requisito previsto no art. 5º, XXI, da Constituição Federal para ajuizamento de ação coletiva pela associação.

4. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de ser indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e o do resgate de contribuições correspondentes a recolhimentos para entidade de previdência privada ocorridos no período de 1º. 01.1989 a 31.12.1995, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.1012.903, relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe: 13/10/2008.

5. Referido recurso foi julgado sob o regime do art. 543-C e da Resolução STJ nº 08/2008, que disciplinam o regramento dos recursos repetitivos.

6. Em ação coletiva, nada impede que se postergue para a fase de liquidação a comprovação da efetiva contribuição no período compreendido entre janeiro de 1989 e dezembro de 1995, bem como o montante indevidamente recolhido aquele título.

7. A ação de caráter coletivo, proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrange apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 2º-A da Lei 9.494/97. Precedentes STJ.

(APELREXX 00107993320114036100, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/08/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. AÇÃO COLETIVA. AJUFESP. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPETÊNCIA. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. “AUXÍLIO CRECHE” OU “ASSISTÊNCIA PRÉ-ESCOLAR”. VERBA DE CARÁTER INDENIZATÓRIO. NÃO INCIDÊNCIA. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRECEDENTES.

1. Rejeitada a preliminar de incompetência. Inaplicabilidade do disposto no art. 102, I, “n” da Constituição. Segundo a orientação do próprio Supremo Tribunal Federal, sua competên-

cia originária apenas se estabelece quando a questão posta em Juízo disser respeito exclusivamente à Magistratura, o que não é o caso dos autos, nos quais se discute a incidência de imposto de renda sobre verbas de caráter supostamente indenizatório. Precedente: AO 1473, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 22/11/2007, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-02, p. 283.

2. A ação foi proposta pela AJUFESP, que representa magistrados federais associados em São Paulo e Mato Grosso do Sul. Somente seriam beneficiados pelo provimento jurisdicional os magistrados filiados à associação e que, efetivamente, receberam o “auxílio-creche” ou “assistência pré-escolar”. Assim, a demanda é de interesse de grupo específico e restrito, não de toda a classe da Magistratura.

3. Ação civil pública não é a única ação para defesa de interesses coletivos, tampouco a única possível de ajuizamento pelas associações. Uma vez autorizada pelos seus membros, a associação poderá propor qualquer ação, seja de conhecimento, condenatória, declaratória, execução, tendo como requisitos a prévia autorização dos associados e a correlação com os objetivos institucionais.

4. Conforme consta dos autos, em Assembléia Geral Extraordinária realizada em 28 de outubro de 2008, a associação foi autorizada a ingressar com a presente ação, restando cumprido o requisito exigido pela Constituição Federal para ajuizamento da ação coletiva pela associação. Preliminares de ilegitimidade ativa e inadequação da via eleita rejeitadas. Precedente: TRF-1, Oitava Turma, AC 200035000095372, Juiz Federal Convocado Cleberson José Rocha, 17/12/2010.

5. Por não se tratar de ação civil pública e por veicular direitos individuais disponíveis, fica dispensada a intervenção do Ministério Público Federal na demanda, não havendo que se falar, outrossim, em limitação territorial à eficácia do provimento jurisdicional. Precedente: TRF-1, Segunda Turma Suplementar, AC 9401112460, Rel. Juíza Federal Convocada Gilda Sigmarin-ga Seixas, 04/09/2003.

6. Afastada a preliminar de inépcia da inicial. No caso de ação coletiva, nada impede que a apuração do quantum a ser restituído seja feito posteriormente, em sede de liquidação ou execução de sentença, até porque seria inviável a juntada de todos os comprovantes de recolhimento já no processo de conhecimento. Precedente: TRF-5, Primeira Turma, AC 00015165020104058400, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, 21/03/2011.

7. Quanto às importâncias recebidas a título de “auxílio-creche” ou “assistência pré-escolar”, restou pacificado o entendimento jurisprudencial sobre o seu nítido caráter indenizatório, afastando a incidência do imposto de renda. Precedentes: STJ, Primeira Turma, AGA 200900546219, Rel. Min. Luiz Fux, 20/04/2010; STJ, Primeira Turma, REsp 200703083258, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 29/04/2009; STJ, Segunda Turma, REsp 200302372692, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 06/03/2007; TRF-3, Quarta Turma, AMS 200061000306461, Rel. Des. Fed. Salette Nascimento, 08/02/2010; TRF-4, Primeira Turma, AC 200671000230036, Rel. Des. Fed. Cláudia Cristina Cristofani, D. E. 25/09/07.

8. No tocante à prescrição, o entendimento esposado pelo STJ é no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação anteriores à vigência da LC nº 118/05 (09.06.05), deve-se respeitar a tese “dos cinco mais cinco”.

9. Na hipótese dos autos, o termo inicial do prazo prescricional será a data da retenção na fonte. Variará apenas o prazo da prescrição: para as retenções anteriores à entrada em vigor da LC nº 118/05, aplica-se prescrição decenal; já as retenções efetuadas após a entrada em vigor da mesma lei se sujeitam à prescrição quinquenal.

10. Matéria preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial improvidas.

(APELREEX 00017989220094036100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/06/2011 PÁGINA: 1730 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por fim, rejeito a *impugnação ao valor da causa* em razão da impossibilidade de se aferir o conteúdo econômico imediato da demanda, por se trata-se de ação coletiva. “Nas ações coletivas, o conteúdo da causa coletiva não é o proveito econômico dos substituídos, matéria não conhecível nesta fase, mas a atribuição da relevância dela, para basear eventuais despesas processuais e até quanto à litigância de má-fé.” (AC 0020104-23.2006.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), OITAVA TURMA, e-DJF1 p.688 de 09/04/2010).

No mais, não havendo outras preliminares processuais, passo ao exame do mérito.

Mérito

O cerne da discussão cinge-se a verificar a higidez dos limites para despesas de educação, na dedução do imposto de renda.

A ação é procedente.

Cabe observar que à análise do caso, mister a análise de questões de caráter tributário e constitucional, tais como, o conceito de renda e proventos dado pelo legislador ordinário, e por consequência o fato gerador e a base de cálculo, bem como a razão da existência de deduções legais, e por fim a relação do direito fundamental à educação com a tributação da renda conforme consagrado no art. 43 do CTN.

De início impõe-se mencionar que o imposto de renda e proventos de qualquer natureza inclui-se na competência tributária da União, nos exatos termos do art. 153, III, da Carta Constitucional, e, portanto, se sujeita aos princípios constitucionais gerais (v. g. da legalidade, capacidade contributiva e igualdade), e aos princípios específicos da generalidade, da universalidade e da progressividade (§ 2º).

Deste modo, conforme lição de Leandro Paulsen “a extensão dos termos ‘renda’ e ‘proventos de qualquer natureza’ dá o contorno do que pode ser tributado a tal título. De fato, na instituição do imposto de renda e proventos de qualquer natureza, o legislador ordinário não pode extrapolar a amplitude de tais conceitos, sob pena de inconstitucionalidade.” (Direito Tributário Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 13. Ed, 2011 pg. 285).

A par disso, o art. 43 do Código Tributário Nacional define que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem por fato gerador, a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza.

Os conceitos de renda e proventos estão dispostos nos incisos I, II do sobredito artigo 43 do CTN.

É certo então, que, para se concretizar os postulados definidos pela Constituição Federal, os conceitos de renda e provento de qualquer natureza não podem transbordar da ideia de *acréscimo patrimonial* ou mesmo de *riqueza nova* experimentada pelo contribuinte, que, diga-se, surgem da diferença positiva entre as suas receitas e as suas despesas.

Fixada a noção de renda e proveito, e reconhecendo a necessidade de aquisição de um acréscimo patrimonial para a tributação do contribuinte em consagração ao princípio da capacidade contributiva, é que o legislador estabelece os abatimentos e as deduções.

A esse respeito foi editada a Lei 9.250/95 (com inúmeras alterações posteriores, sendo a última introduzida pela lei 12.469/2011), que em seu art. 8º, II estabelece as deduções à base de cálculo do imposto de renda pessoa física, nestes termos:

Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas:
I - de todos os rendimentos percebidos durante o ano-calendário, exceto os isentos, os não-tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva;

II - das deduções relativas:

a) aos pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitalares, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias;

b) a pagamentos de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes, efetuados a estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas; ao ensino fundamental; ao ensino médio; à educação superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização); e à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e o tecnológico, até o limite anual individual de: (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007) (Vide Medida Provisória nº 2.159-70, de 2001) (...)

6. R\$ 2.958,23 (dois mil, novecentos e cinquenta e oito reais e vinte e três centavos) para o ano-calendário de 2011; (Incluído pela Lei nº 12.469, de 2011)

7. R\$ 3.091,35 (três mil, noventa e um reais e trinta e cinco centavos) para o ano-calendário de 2012; (Incluído pela Lei nº 12.469, de 2011)

8. R\$ 3.230,46 (três mil, duzentos e trinta reais e quarenta e seis centavos) para o ano-calendário de 2013; (Incluído pela Lei nº 12.469, de 2011)

9. R\$ 3.375,83 (três mil, trezentos e setenta e cinco reais e oitenta e três centavos) a partir do ano-calendário de 2014; (Incluído pela Lei nº 12.469, de 2011)

O decreto nº 3.000/99, atual regulamento do Imposto de Renda, menciona as despesas com saúde e educação, dentre outras, como hipóteses de dedução na base de cálculo (arts. 80/81).

Art. 80. Na declaração de rendimentos poderão ser deduzidos os pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitalares, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, inciso II, alínea “a”).

§ 1º O disposto neste artigo (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, § 2º):

I - aplica-se, também, aos pagamentos efetuados a empresas domiciliadas no País, destinados à cobertura de despesas com hospitalização, médicas e odontológicas, bem como a entidades que assegurem direito de atendimento ou ressarcimento de despesas da mesma natureza;

II - restringe-se aos pagamentos efetuados pelo contribuinte, relativos ao próprio tratamento e ao de seus dependentes;

III - limita-se a pagamentos especificados e comprovados, com indicação do nome, endereço e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ de quem os recebeu, podendo, na falta de documentação, ser feita indicação do cheque nominativo pelo qual foi efetuado o pagamento;

IV - não se aplica às despesas ressarcidas por entidade de qualquer espécie ou cobertas por contrato de seguro;

V - no caso de despesas com aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias, exige-se a comprovação com receituário médico e nota fiscal em nome do beneficiário.

§ 2º Na hipótese de pagamentos realizados no exterior, a conversão em moeda nacional será feita mediante utilização do valor do dólar dos Estados Unidos da América, fixado para venda pelo Banco Central do Brasil para o último dia útil da primeira quinzena do mês anterior ao do pagamento.

§ 3º Consideram-se despesas médicas os pagamentos relativos à instrução de deficiente físico ou mental, desde que a deficiência seja atestada em laudo médico e o pagamento efetuado a entidades destinadas a deficientes físicos ou mentais.

§ 4º As despesas de internação em estabelecimento para tratamento geriátrico só poderão ser deduzidas se o referido estabelecimento for qualificado como hospital, nos termos da legislação específica.

§ 5º As despesas médicas dos alimentandos, quando realizadas pelo alimentante em virtude de cumprimento de decisão judicial ou de acordo homologado judicialmente, poderão ser deduzidas pelo alimentante na determinação da base de cálculo da declaração de rendimentos (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, § 3º).

(...)

Art. 81. Na declaração de rendimentos poderão ser deduzidos os pagamentos efetuados a estabelecimentos de ensino relativamente à educação pré-escolar, de 1º, 2º e 3º graus, cursos de especialização ou profissionalizantes do contribuinte e de seus dependentes, até o limite anual individual de um mil e setecentos reais (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, inciso II, alínea “b”).

§ 1º O limite previsto neste artigo corresponderá ao valor de um mil e setecentos reais, multiplicado pelo número de pessoas com quem foram efetivamente realizadas as despesas, vedada a transferência do excesso individual para outra pessoa (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, inciso II, alínea “b”).

§ 2º Não serão dedutíveis as despesas com educação de menor pobre que o contribuinte apenas eduque (Lei nº 9.250, de 1995, art. 35, inciso IV).

§ 3º As despesas de educação dos alimentandos, quando realizadas pelo alimentante em virtude de cumprimento de decisão judicial ou de acordo homologado judicialmente, poderão ser deduzidas pelo alimentante na determinação da base de cálculo, observados os limites previstos neste artigo (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, § 3º).

§ 4º Poderão ser deduzidos como despesa com educação os pagamentos efetuados a creches (Medida Provisória nº 1.749-37, de 1999, art. 7º).

O Regulamento RFB 1.500/14, em seus arts. 91 e segs. (Despesas com Instrução) e 94 e segs. (Despesas Médicas) reproduzem essa limitação.

Art. 91. Na determinação da base de cálculo do imposto devido na DAA *podem ser deduzidos, a título de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes* incluídos na declaração, os pagamentos efetuados a instituições de ensino até o *limite anual individual constante da tabela do Anexo VIII a esta Instrução Normativa*.

§ 1º Enquadram-se como instituições de ensino aquelas regularmente autorizadas, pelo Poder Público, a ministrar, nos termos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, constituídos nas formas previstas no Código Civil e inscritas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), as relativas:

I - à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas;

II - ao ensino fundamental;

III - ao ensino médio;

IV - à educação superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização);

V - à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e o tecnológico.

§ 2º É vedado o aproveitamento de valor de despesas superior ao limite individual de uma pessoa física para outra, ainda que integrantes de uma mesma declaração.

§ 3º As despesas de educação dos alimentandos, quando realizadas pelo alimentante em virtude de cumprimento de decisão judicial, de acordo homologado judicialmente ou de escritura pública, poderão ser deduzidas pelo alimentante na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda na declaração, observado o limite previsto no art. 23.

(Retificado(a) no DOU de 19/11/2014, pág 12)

§ 3º As despesas de educação dos alimentandos, quando realizadas pelo alimentante em virtude de cumprimento de decisão judicial, de acordo homologado judicialmente ou de escritura pública, poderão ser deduzidas pelo alimentante na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda na declaração, observado o limite a que se refere o *caput*.

§ 4º As despesas relativas a cursos de especialização são passíveis de dedução somente quando comprovadamente realizadas com cursos inerentes à formação profissional daquele com quem foram efetuadas.

§ 5º As despesas com instrução de deficiente físico ou mental são dedutíveis a esse título, podendo ser deduzidas como despesa médica se a deficiência for atestada em laudo médico e o pagamento for efetuado a entidades de assistência a deficientes físicos ou mentais.

§ 6º Incluem-se no conceito do *caput* as despesas com cursos destinados à Educação para Jovens e Adultos (EJA), previstos nos arts. 37 e 38 da Lei nº 9.394, de 1996, efetuados em instituições de ensino autorizadas e reconhecidas pelo Estado, salvo quando se constituam em curso meramente preparatório à prestação de exames supletivos.

§ 7º Na hipótese de apresentação de declaração em separado, são dedutíveis as despesas com instrução do declarante e de dependentes incluídos na declaração cujo ônus financeiro tenha sido suportado por um terceiro, se este for integrante da entidade familiar, não havendo, neste caso, a necessidade de comprovação do ônus.

§ 8º Na hipótese prevista no 7º, se o terceiro não for integrante da entidade familiar, há que se comprovar a transferência de recursos, para este, de alguém que faça parte da entidade familiar.

§ 9º Pode ser deduzida como despesa com instrução a parcela paga à instituição de ensino com recursos do crédito educativo, observado o disposto no inciso VIII do *caput* do art. 92.

Art. 92. Não se enquadram no conceito de despesas com instrução:

I - as despesas com uniforme, material e transporte escolar, as relativas à elaboração de dissertação de mestrado ou tese de doutorado, contratação de estagiários, computação eletrônica de dados, papel, fotocópia, datilografia, digitação, tradução de textos, impressão de questionários e de tese elaborada, gastos postais e de viagem;

II - as despesas com aquisição de enciclopédias, livros, revistas e jornais;

III - o pagamento de aulas de música, dança, natação, ginástica, tênis, pilotagem, dicção, corte e costura, informática e assemelhados;

IV - o pagamento de cursos preparatórios para concursos ou vestibulares;

V - o pagamento de aulas de idiomas estrangeiros;

VI - os pagamentos feitos a entidades que tenham por objetivo a criação e a educação de menores desvalidos e abandonados;

VII - as contribuições pagas às Associações de Pais e Mestres e às associações voltadas para a educação; e

VIII - o valor despendido para pagamento do crédito educativo.

Art. 93. As quantias remetidas ao exterior, para pagamento de despesas com matrícula e mensalidades escolares, podem ser deduzidas a título de despesas com instrução, desde que preenchidas as condições previstas nesta seção.

§ 1º Os gastos com passagens e estadas feitos pelo contribuinte, com ele próprio ou com seus dependentes, a fim de estudar no exterior, não podem ser deduzidos como despesas com instrução.

§ 2º O imposto eventualmente retido sobre a remessa, no caso a que se refere o § 1º, não pode ser compensado na declaração de rendimentos.

(...)

Art. 94. Na DAA podem ser deduzidos os pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitalares, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopé-

dicos e próteses ortopédicas e dentárias.

§ 1º A dedução alcança, também, os pagamentos efetuados a empresas domiciliadas no País destinados a coberturas de despesas médicas, odontológicas, de hospitalização e a entidades que assegurem direito de atendimento ou ressarcimento de despesas da mesma natureza.

§ 2º A dedução das despesas, de que trata este artigo, restringe-se aos pagamentos efetuados pelo contribuinte, relativos ao seu próprio tratamento ou a de seus dependentes.

§ 3º Deverão ser diminuídas do valor da dedução de que trata este artigo as despesas ressarcidas por:

I - entidades de qualquer espécie ou cobertas por contrato de seguro;

II - fonte pagadora em folha de salários, de parcelas mensais pagas por pessoas físicas a título de participação em empresas e entidades de que trata o § 1º.

§ 4º Na hipótese de ressarcimento parcial, considera-se como dedução apenas o montante não ressarcido.

§ 5º Se o ressarcimento, efetuado por empresas e entidades de que trata o § 1º, for recebido em ano-calendário posterior ao de sua dedução, o seu valor deve ser informado como rendimento tributável recebido de pessoa jurídica no ano-calendário de seu recebimento.

§ 6º Não podem ser deduzidos os pagamentos que caracterizem investimentos em empresas, tais como títulos patrimoniais, quotas ou ações, mesmo que estes assegurem aos adquirentes o direito à assistência médica, odontológica ou hospitalar.

§ 7º No caso de despesas com aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas ou dentárias, exige-se a comprovação com receituário médico ou odontológico e nota fiscal em nome do beneficiário.

§ 8º Consideram-se aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas:

I - pernas e braços mecânicos;

II - cadeiras de rodas;

III - andadores ortopédicos;

IV - palmilhas ou calçados ortopédicos;

V - qualquer outro aparelho ortopédico destinado à correção de desvio de coluna ou defeitos dos membros ou das articulações.

§ 9º Enquadram-se no conceito de prótese dentária os aparelhos que substituem dentes, tais como dentaduras, coroas e pontes.

§ 10. São dedutíveis como despesas médicas, observadas as exigências previstas no § 6º, quando integrarem a conta emitida pelo estabelecimento hospitalar, ou pelo profissional, os valores gastos com aquisição e colocação de:

I - marcapasso;

II - parafusos e placas nas cirurgias ortopédicas ou odontológicas;

III - lente intraocular em cirurgia de catarata;

IV - aparelho ortodôntico, inclusive a sua manutenção.

§ 11. As despesas com prótese de silicone são dedutíveis desde que seu valor integre a conta emitida pelo estabelecimento hospitalar relativamente a uma despesa médica dedutível, observadas as exigências previstas no § 6º.

§ 12. São dedutíveis as despesas médicas relativas à realização de cirurgia plástica, reparadora ou não, com a finalidade de prevenir, manter ou recuperar a saúde, física ou mental, do paciente.

§ 13. Não são dedutíveis, a título de despesas médicas, os valores pagos na prestação dos serviços de coleta, seleção e armazenagem de células-tronco oriundas de cordão umbilical, uma vez que não se referem a tratamento de doenças ou recuperação da saúde física e mental das pessoas.

Art. 95. Consideram-se despesas médicas ou de hospitalização as despesas com instrução de portador de deficiência física ou mental, condicionadas, cumulativamente à:

I - existência de laudo médico, atestando o estado de deficiência;

II - comprovação de que a despesa foi efetuada com entidades destinadas a deficientes físicos ou mentais.

Art. 96. As despesas de internação em estabelecimento geriátrico somente são dedutíveis se o referido estabelecimento for qualificado como hospital, nos termos da legislação específica.

Art. 97. A dedução a título de despesas médicas limita-se a pagamentos especificados e comprovados mediante documento fiscal ou outra documentação hábil e idônea que contenha, no mínimo:

I - nome, endereço, número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou CNPJ do prestador do serviço;

II - a identificação do responsável pelo pagamento, bem como a do beneficiário caso seja pessoa diversa daquela;

III - data de sua emissão; e

IV - assinatura do prestador do serviço.

§ 1º Fica dispensado o disposto no inciso IV do *caput* na hipótese de emissão de documento fiscal.

§ 2º Na falta de documentação, a comprovação poderá ser feita com a indicação de cheque nominativo ao prestador do serviço.

§ 3º Todas as despesas deduzidas estarão sujeitas a comprovação ou justificação do pagamento ou da prestação dos serviços, a juízo da autoridade lançadora ou julgadora.

Art. 98. São admitidos os pagamentos realizados no exterior, exceto os previstos no § 1º do art. 94, convertidos em reais conforme o disposto no § 2º do art. 56.

Art. 99. As despesas médicas dos alimentandos, quando realizadas pelo alimentante, em virtude de cumprimento de decisão judicial, ou de acordo homologado judicialmente ou de escritura pública, poderão ser deduzidas pelo alimentante na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda na declaração.

Art. 100. Na hipótese de apresentação de declaração em separado, são dedutíveis as despesas médicas ou com plano de saúde relativas ao tratamento do declarante e de dependentes incluídos na declaração cujo ônus financeiro tenha sido suportado por um terceiro, se este for integrante da entidade familiar, não havendo, neste caso, a necessidade de comprovação do ônus.

§ 1º A entidade familiar, para fins desta Instrução Normativa, compreende todos os ascendentes e descendentes do declarante, bem como as demais pessoas físicas consideradas seus dependentes perante a legislação tributária.

§ 2º Se o terceiro não for integrante da entidade familiar, há que se comprovar a transferência de recursos, para este, de alguém que faça parte da entidade familiar.

Anexo VIII da IN RFB 1.500/2014:

Ano-calendário	Quantia (em R\$)
2010	2.830,84
2011	2.958,23
2012	3.091,35
2013	3.230,46
2014	3.375,83
A partir de 2015	3.561,50

É de se observar que no tocante às despesas com saúde não há restrição ao *quantum* a ser deduzido desde que suportadas pelo contribuinte (e em favor de si e de seus dependentes), ao passo que no que se refere à educação, o legislador achou por bem limitar os valores a serem

expurgados da base de cálculo da exação. Esta situação é observada em ambos os diplomas acima mencionados.

Por uma perspectiva apenas constitucional do caso não se justifica a distinção imposta pelo legislador ordinário, vez que constituem objetivos implícitos na interpretação do art. 3º, incisos II, III e IV, da Constituição Federal, além do que ambos os direitos foram erigidos à condição de direitos fundamentais, de eficácia plena, sem prevalência de um sobre o outro, não havendo norma que limite a eficácia plena de direito social (art. 6º, CF).

Art. 3º Constituem *objetivos* fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(...)

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

No escólio de Alexandre de Moraes os direitos sociais “são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV da Constituição Federal”. (Direito Constitucional, 25. Ed., 2010. pg. 197).

Ao agir assim, limitando a dedução com as despesas com educação, o legislador incorre em evidente afronta aos princípios basilares da Carta Constitucional, máxime o da dignidade da pessoa humana, conferindo prevalência à arrecadação fiscal em detrimento do pleno desenvolvimento do cidadão.

Ao Estado caberia o oferecimento de educação de qualidade e gratuita (arts. 205, 208, § 1º e 209, todos da CF).

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

(...)

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

(...)

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

(...)

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Contudo, não se pode depender da escola pública.

É fato notório o quadro geral da situação da escola pública, abandonada/sucateada há anos e muitos buscam, em sua substituição, as escolas particulares, de valores elevados, vez

que em razão de exercerem atividade privada fiscalizada pelo Estado, submetem-se ao regime de competição e livre concorrência.

A despeito do descumprimento deste dever, o Estado ainda busca tributar parcela da renda do contribuinte, ora parte autora (seus representados), destinada ao custeio das despesas com educação.

Da mesma forma, orientando-se pelo princípio da capacidade contributiva e de consequência o da igualdade, também consagrados pelo Texto Constitucional e, portanto, impositivos ao legislador ordinário, a dedução das despesas com educação deve ser integral.

Do contrário, estar-se-ia tributando renda que não é renda na acepção constitucional, pois, os gastos com educação, são como o próprio nome diz “gastos” que não configuram aquisição de acréscimo patrimonial, fato gerador do imposto de renda, mas sim um decréscimo patrimonial, o que desnaturaria o princípio da capacidade contributiva, assim entendido como a *aptidão, da pessoa colocada na posição de destinatário legal tributário, para suportar a carga tributária, numa obrigação cujo objeto é o pagamento de riqueza lastreadora da tributação* (Regina Helena Costa, Curso de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional, 2. Ed., 2012, Saraiva, pg. 91).

Com efeito, quer sob o prisma constitucional levando-se em conta a igualdade dos direitos sociais (saúde e educação), a necessidade de se garantir o pleno desenvolvimento do cidadão e o respeito à sua dignidade, quer sob a ótica tributária-constitucional, considerando a necessidade de se observar os princípios da capacidade contributiva, a limitação às deduções com educação nos moldes acima definidos, devem ser afastadas, pois inconstitucional.

A este respeito o Órgão Especial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região declarou a inconstitucionalidade da expressão “até o limite individual de R\$ 1.700 (um mil e setecentos reais, contida no art. 8, II, alínea B, da Lei 9.250/95” (Arguição de Inconstitucionalidade 0005067-86.2002.4.03.6100/SP, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, 11/05/2012).

Dessa forma, reconhecendo o direito à dedução integral dos gastos com educação própria e de seus dependentes, a ré deverá aceitar a declaração de ajuste anual nos moldes expostos nesta decisão.

Caberá, assim, à ré tomar, administrativamente, as providências cabíveis quanto aos ajustes na declaração de imposto renda pessoa física dos representados do autor, pois suficiente para consecução do ora decidido, observando-se, entretanto, a impossibilidade de imposição de penalidades caso, após os ajustes, reste ao autor o dever de pagá-lo, ainda que a destempo.

Nesse cenário, procedente o pedido da parte autora.

Dispositivo.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado nesta ação, extinguindo o processo com resolução do mérito (art. 487, I, do CPC - Lei 13.105/2015), reconhecendo o direito da parte autora (seus representados), filiados na data da propositura da ação, 23/10/2015, e domiciliados no âmbito do Estado de São Paulo, à dedução integral das despesas com educação própria e de seus dependentes, na base de cálculo do imposto de renda pessoa física, afastando-se a limitação imposta pelo art. 8, II, alínea b, da Lei 9.250/95, cabendo à ré, após a apresentação da declaração de ajuste anual tomar as providências cabíveis para a efetivação do que fora decidido.

Condeno a ré ao pagamento de honorários à razão de 10% sobre o valor da causa atualizado.

Ressalto que não obstante a prolação da sentença já sob a vigência do Novo Código de

Processo Civil, as normas relativas aos honorários são de natureza mista, visto que fixam obrigação em favor do advogado, portanto direito material, além de se reportarem à propositura da ação, momento em que se firma o objeto da lide, que demarca os limites da causalidade e sucumbência, cuja estimativa é feita pelo autor antes do ajuizamento.

Nesse sentido é a doutrina de Marcelo Barbi Gonçalves, em “Honorários Advocatícios e Direito Intertemporal”, <http://jota.uol.com.br/honorarios-advocaticios-e-direito-intertemporal>:

Ora, se a causalidade é dotada de referibilidade ao ajuizamento da petição inicial, é natural que se aplique a regra *tempus regit actum*, de sorte que os honorários sejam disciplinados não pela lei em vigor ao tempo de prolação da sentença/acórdão, senão por aquela vigente àquele primeiro momento. Dessa forma, pode-se dizer que o capítulo condenatório, à semelhança do lançamento tributário (art. 144, CTN), reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, qual seja, a propositura da ação, e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente revogada.

Veja-se, ainda, que a celeuma doutrinária quanto à natureza jurídica do ato de lançamento - se declaratório da obrigação, ou se constitutivo do crédito tributário -, é despienda para a questão ora em debate. Com efeito, a despeito da natureza que se lhe queira atribuir, a obrigatoriedade de que os atos substanciais sejam regidos pela lei em vigor ao tempo de seu aperfeiçoamento é uma decorrência da tutela ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI, CRFB), de maneira que não se pode retroagir o NCPC para colher sob seu manto de eficácia ato já consumado.

(...)

E, deveras, outra solução não é possível em um código que busca, incessantemente, evitar as decisões-surpresa. Como é cediço, a decisão de terza via, incompatível com o modelo processual participativo preconizado pelo novo código,[12] é aquela que, em desrespeito aos deveres de cooperação processual, surpreende as partes quanto a aspectos fáticos ou jurídicos da demanda. Ora, se assim o é, o que dizer de uma decisão que frustra a legítima expectativa de despesa decorrente da improcedência do pedido? Essa calculabilidade também não está coberta pelo modelo cooperativo de processo? De fato, o custo *ex ante* de se utilizar um método de resolução de conflitos é um primado ínsito a um bom sistema jurisdicional, de forma que apenas em sociedades de subterrâneo capital institucional os cidadãos socorrem-se do aparelho estatal para compor litígios sem poder antever as consequências possíveis de seu comportamento.

Em palavras outras, o prêmio de risco de um litígio judicial deve, em um sistema constitucional que abraça o princípio da segurança jurídica, assim como em um modelo processual que resguarda as partes de decisões-surpresa, ser um dado prévio à propositura da ação, de modo que o jurisdicionado não seja surpreendido com uma despesa-surpresa que não podia antever quando calculou o custo envolvido.

Assim, em atenção à segurança jurídica, aplica-se o princípio *tempus regit actum*, reportando a origem dos honorários e a avaliação da causalidade e dos riscos de sucumbência à inicial, pelo que as novas normas sobre essa matéria só devem incidir para processos ajuizados após sua entrada em vigor.

Sentença não sujeita a reexame necessário (CPC, 496, § 3º, I).

Oportunamente, ao arquivo.

P.R.I.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

Juiz Federal HERALDO GARCIA VITTA

PROCEDIMENTO COMUM**0000805-09.2016.4.03.6131**

Autora: UNIÃO FEDERAL – UF

Ré: LUCIANA AMARAL COSTA

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/12/2016

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de cobrança, processo de conhecimento, procedimento comum, por meio do qual se pretende o ressarcimento ao erário decorrente de pagamento indevido de benefício previdenciário em favor da ré (pensão por morte). Sustenta a autora que a requerida percebeu o benefício ora em comento, por longo período, de forma indevida, porquanto ocultou da entidade pagadora, mediante o concurso de declarações ideologicamente falsas, condição relativa ao seu estado civil (casada), já que ciente de que a declaração da realidade a levaria à perda da benesse. A ação cobra o ressarcimento dos valores percebidos da União Federal no período posterior à convalidação das núpcias da requerida até a data de sua cessação administrativa. Junta documentos às fls. 10/240.

Citada, fls. 247, consta resposta da ré às fls. 250/253, com documentos às fls. 254/262, em que, em prejudicial, se alega a prescrição da pretensão inicial, e, quanto ao mérito, sustenta a requerida que jamais agiu de má-fé ou teve a intenção de lesar o erário.

Réplica às fls. 266/273-vº, com documentos às fls. 274/275.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

Defiro à ré os benefícios da Assistência Judiciária, uma vez que não impugnado pela requerente. *Anote-se.*

Não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. O feito está em termos para receber julgamento pelo mérito, a teor do que dispõe o *art. 355, I do CPC*.

Antes, porém, de adentrar ao mérito da pretensão inicialmente desenhada, necessário analisar a prejudicial de mérito de prescrição aviada com a resposta da ré. E o faço para afastar o seu reconhecimento.

DE PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE. ATO DE IMPROBIDADE. ALTERNATIVAMENTE CAUSA SUSPENSIVA DO INÍCIO DO PRAZO.

Em primeiro lugar, colhe-se do extenso procedimento administrativo que dá base a petição inicial que a ação aqui em curso revolve, indiscutivelmente, a prática, pela requerida, de atos de improbidade administrativa, no que – isto está incontroverso nos autos, posto que a defesa da ré não refuta esta questão – a mesma, dolosamente, percebeu verbas decorrentes de pagamento indevido de benefício previdenciário, o que somente ocorreu graças às diversas declarações, ideologicamente falsas, prestadas pela beneficiária perante o organismo público promovente, dele escamoteando o seu real estado civil (casada), quando esta situação já não mais correspondia à realidade de fato.

Dispostos, desta forma, o fatos que substanciam o pleito inicial aqui em consideração, conclui-se que, de prescrição, no caso concreto, não se há de cogitar, considerando a natureza jurídica dos atos aqui em escrutínio, incidindo à hipótese o mandamento constitucional insculpido no *art. 37, § 5º da CF*, que consigna a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes da prática, como no caso, de atos de improbidade. Nesse sentido, são diversos os precedentes do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*: AC 00000834120024036106, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 24/02/2015; AC 00066109420064036000, JUIZ CONVOCADO CIRO BRANDANI, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/02/2015; APELREEX 00005229520024036124, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/01/2015.

De modo que, apenas com este fundamento, já seria possível rejeitar, *in totum*, a tese de prescrição da pretensão inicial desenhada pela ré.

De todo modo, e ainda que assim não fosse, o que se admite apenas *ad argumentandum tantum*, o certo é que, em tema de ação de ressarcimento ao erário, tal e qual a ora vertente, o prazo prescricional seria de 5 anos, contados a partir da data da constituição definitiva do crédito no âmbito administrativo. Nesse sentido, indico precedente:

PREVIDENCIÁRIO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CANCELAMENTO DE BENEFÍCIO. COBRANÇA DE VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Apelação desafiada em face da sentença que extinguiu o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, declarando a inexigibilidade dos valores pagos à Apelada, relativos ao recebimento indevido de benefício previdenciário, no período de 11.01.2002 a 01.10.2007, em razão da prescrição quinquenal.
2. É pacífico o entendimento de que a imprescritibilidade contida no art. 37, parágrafo 5º, da Carta Magna, envolve apenas os casos de condenação por atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. Assim, no caso dos autos, deve-se aplicar a prescrição quinquenal, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/1932.
3. Benefício deferido em 11/01/2002, revisado em 25.06.2007 e suspenso nesse mesmo ano, ao argumento de que houve indícios de irregularidade na concessão do favor legal – reconhecimento indevido de atividade especial e respectiva conversão em tempo comum.
4. Defesa administrativa considerada insuficiente pela Autarquia Previdenciária. Houve a interposição de Recurso Administrativo à Junta de Recursos da Previdência Social - JRPS, o qual foi julgado na sessão nº 456/2008, de 12.09.2008 - Acórdão 8496/2008.
5. Entre a data do ajuizamento da ação – em 15-03-2013 – e a última decisão administrativa em set/2008, não decorreu o prazo prescricional. Prescrição afastada. O seu curso foi suspenso pelo recurso administrativo, nos termos do art. 4º, do Decreto 20.910/32.
6. O INSS também encaminhou à Apelada, em novembro de 2009 – fl. 159 –, o Ofício de Cobrança nº 485/2009, antes de decorrido o prazo de cinco anos, não permanecendo inerte, em relação à restituição ao erário do montante indevidamente recebido pela Ré.
7. Apelação provida (g.n.).
(AC 00002539620134058102, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 03/12/2014 - Página: 91)

Solução que, necessário consignar, resgata uma antiga e sensata regra do Direito Romano.

É indubitosa a regência, no caso concreto, a partir do que dispõe o *art. 1º, do Decreto nº 20.910/1932*.

O ponto a elucidar em causa, entretanto, é diverso. Ocorre que, em casos tais como o presente, o prazo prescricional somente inicia o seu fluxo *a partir da data da conclusão do procedimento administrativo* instaurado pela Administração para a apuração do ilícito que redundou nos pagamentos indevidos de que a autarquia pretende se indenizar.

Por força do que dispõe a *Súmula nº 160 do ex-TFR*, amplamente encampada pela ordem constitucional atualmente vigente (CF, art. 5º, LV), a suspensão ou cessação de benefício previdenciário depende de prévia apuração das irregularidades apontadas em procedimento administrativo regularmente instaurado em face do segurado. *Antes dessa data (da conclusão do processo administrativo), não existe nenhuma certeza jurídica acerca do fato de serem os pagamentos realizados pelo ente pagador em favor do beneficiário realmente indevidos*, razão porque a autora ainda não tem como exercer o seu direito à repetição. A situação remete, em boa verdade, à pendência de *condição suspensiva* (CC, art. 199, I) para o exercício do direito, porque, enquanto pendente discussão administrativa ou judicial acerca do direito do pensionista à percepção – ou não – do benefício, a União também não tem como exercer qualquer pretensão de ressarcimento, porque, nessa situação, não se pode considerar que os pagamentos efetuados em favor da beneficiária *sejam realmente indevidos*. Tudo depende, naquele momento, ainda, de uma conclusão da autoridade administrativa competente acerca do efetivo direito da pensionista aos proventos respectivos, o que não ocorreu.

Essa problemática não é nova no Direito Brasileiro, e já recebeu ponderações muito respeitáveis de nossos mais insígnis juristas. Dissertando exatamente sobre as causas obstativas do curso da prescrição, o eminente *SÍLVIO DE SALVO VENOSA*, abordando os casos em que pendente condição suspensiva, assim se manifesta, com fundamento em alentada doutrina:

O Decreto nº 20.910/32, em princípio ainda em vigência, que estipulou prazo de cinco anos de prescrição de dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, determinou no art. 4º que:

“não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento, ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la”.

Tal suspensão começa a ter eficácia a partir do momento em que se der “a entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano” (parágrafo único do art. 4º). Por outro lado, o art. 5º do mesmo diploma estabelece:

“Não tem efeito de suspender a prescrição a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar os esclarecimentos que lhe forem reclamados, ou o fato de não promover o andamento do feito judicial, ou do processo administrativo, durante os prazos respectivamente estabelecidos para a extinção do seu direito à ação ou reclamação”.

Deve ser acrescentada outra regra no tocante à suspensão da prescrição: defende-se que não corre a prescrição na pendência de acontecimento que impossibilite alguém de agir, quer em razão de motivação legal, quer em razão de motivo de força maior, consubstanciando-se na regra que a jurisprudência francesa adota, seguindo o brocardo: “*contra non valentem agere non currit praescriptio*” (*contra incapaz de agir não corre a prescrição*). Desse modo, não se deve entender o elenco legal de causas de suspensão e impedimento como número taxativo. Várias leis estrangeiras admitem a regra expressamente. Sobre sua aplicação, entre nós, assim se manifesta Serpa Lopes (1962, v.1, p. 606):

“A regra *contra valentem agere* inspira-se numa idéia humana, um princípio de equidade, e que não pode deixar de ser reconhecida pelo juiz. Cabe, portanto, a aplicação analógica. Mesmo entendida como uma exceção à regra geral, esta não é de molde a encerrar num *numerus clausus* os casos de suspensão da prescrição, sobretudo quando se impõe interpretá-la com o

espírito de equidade”.

Assim, se o titular do direito estiver impedido de recorrer à Justiça, por interrupção administrativa de suas atividades, o princípio deve ser reconhecido (grifos nossos).

[*Código Civil Interpretado*, São Paulo: Ed. Atlas S/A., 2010, pp. 222-223].

Por isso mesmo, ainda que se reconheça que o *dies a quo* do prazo prescricional se instaura quando da efetivação, pelo poder público, dos pagamentos que, posteriormente, vieram a ser considerados indevidos, a sua fluência respectiva fica *suspensa*, somente encetando curso a partir da *data da conclusão administrativa pela irregularidade na concessão do benefício deferido ao segurado*, aplicando-se, ainda que analogicamente, na linha de doutrina, o que dispõe o art. 199, I do *Código Civil*.

No caso aqui em questão, adotado o entendimento preconizado, é fácil verificar que não ocorreu a prescrição quinquenária com relação a nenhuma parcela do crédito da autora. Isto porque, contada da data da última decisão administrativa relativa ao benefício da ora ré, ocorrida aos 27/03/2013 e a ela notificada em 03/04/2013, é fácil verificar, em face da data do ajuizamento (26/04/2016), bem assim a data do despacho ordinatório da citação do ora requerido (CC, art. 202, I) para os termos da presente (27/04/2016, fls. 243), que está mais do que patenteada a *inocorrência da prescrição*, nem mesmo de forma parcial. Fica reconhecido, portanto, o direito da autora a repetir, em toda a extensão pleiteada na inicial. Com tais considerações, ambas aptas, por si só a sustentar a conclusão que aqui se encaminha, *afasto* a ocorrência da prescrição.

Pelo tema de fundo a ação é de ser julgada *procedente*, integralmente.

DE MÉRITO. A INEXISTÊNCIA DO DIREITO À PENSÃO. SITUAÇÃO DE CASAMENTO DELIBERADAMENTE OCULTADA DA REQUERENTE. MÁ-FÉ DA PERCIPIENTE RECONHECIDA.

Preliminarmente, quanto a esse aspecto, é de ver que a constituição administrativa do crédito aqui em comento foi precedida de regular instauração de procedimento administrativo – aqui trasladado por cópias acostadas às fls. 143/240 –, em que se esclarece à requerida a situação jurídica de seu benefício, facultando-lhe a oportunidade para a oferta de defesa não apenas administrativa, mas também impugnação judicial, que, no caso presente, efetivamente foi exercida pela pensionista, mediante processo de conhecimento pleno que tramitou perante este Juízo Federal (Processo nº 0005511-40.2013.403.6131), de sorte que encontro plenamente atendido o requisito processual de fundo constitucional do *due process of law* (art. 5º, LV, CF). Por outro lado, é de ver que a decisão administrativa que lastreia a petição inicial se apresenta, do ponto de vista formal, devidamente fundamentada em motivos suficientemente claros e objetivos (fls. 144/152), e esclarecidos à parte interessada, que, inclusive, exerceu, na via judicial, o seu direito de defesa (fls. 11/141-vº). Razão pela qual, ao cabo da análise do procedimento administrativo aqui em causa, não se verifica ausência de fundamento ou ilegalidade manifesta a tisanar a higidez do ato *sub examine*.

Quanto ao mérito propriamente dito, é patente a lesão ao direito da requerente, na medida em que a ré percebeu, por décadas a fio, benefício previdenciário a que não fazia *jus*. À oportunidade da sentença proferida na ação que julgou a impugnação desferida pela ré em face do ato administrativo que lhe cortou o pagamento do benefício aqui em causa ficou assentado o seguinte, *verbis*:

As conclusões emergentes do farto conjunto probatório documental que aparelha, seja a inicial, seja a resposta da requerida, deixaram absolutamente claro que dependência econômica

que houvesse entre a requerente – filha maior de servidor público federal – e seu progenitor, ao tempo de seu óbito, *cessou quando da convolação de núpcias pela ora autora*, fato que ocorreu no já longínquo ano de 1989, e intencionalmente omitido da requerida durante os longos anos em que a pensionista percebeu, indevidamente – diga-se –, a benesse.

O *punctum pruriens* da questão aqui controvertida está em que a pensionista autora convolou núpcias posteriormente ao óbito do servidor, e, nesta condição, continuou a perceber os proventos da pensão correspondente, e, o pior, *omitindo, e – por diversas vezes, como fica claro a partir da manifestação da ré –, o fato do conhecimento da ora requerida*.

É mais ou menos evidente que qualquer presunção de dependência econômica que se firme entre filhos e pais, há de cessar com o casamento, ou constituição de união estável dos primeiros, uma vez que se trata de ato jurídico que pressupõe condições de constituição de vida familiar autônoma e independente da vida paterna. Bem por esta razão é que a jurisprudência vem ressaltando que, nestes casos, cessa o direito à percepção da pensão por morte oriunda do instituidor paterno, mostrando-se absolutamente irrelevante, neste sentido, que, anos mais tarde, a dependente possa haver se divorciado. A condição de solteira não se restabelece pelo divórcio, e, portanto, a percepção da pensão por morte passa a se tornar incompatível com a alteração do estado civil da pessoa. Neste sentido:

(...)

Solução que, por óbvio, referenda a decisão administrativa que cassou o pagamento das pensões em favor da autora, uma vez ciente da situação de casamento por ela demonstrada. Nem mesmo o fato de se tratar de pessoa presumivelmente portadora de moléstias afectantes de sua saúde física (situação essa que, rigorosamente, não foi comprovada nos autos), inverteria a conclusão que aqui se anuncia, porque não é o fato de se tratar de pessoa doente que a torna, de modo automático, dependente de terceiros para sustentar a subsistência.

Neste aspecto em particular, por sinal, é de se considerar, por outro lado, que não existe nos autos nenhuma comprovação de que, por qualquer motivo, a requerente ostentasse qualquer tipo de dependência econômica a jungi-la ao lar paterno, notadamente se se considerar aquilo que dispõe o art. 198 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90), que:

“Art. 198. Não se configura a dependência econômica quando o beneficiário do salário-família perceber rendimento do trabalho ou de qualquer outra fonte, inclusive pensão ou provento da aposentadoria, em valor igual ou superior ao salário-mínimo”.

É evidente que, ao manter consórcio matrimonial com terceiro por largo período de tempo, (desde 29/07/1989 até 25/10/2007), a requerente desfrutou de aportes financeiros prestados pelo cônjuge, considerando ser o mesmo pessoa empregada em atividade industrial, consoante o demonstra a certidão de casamento junta às fls. 16 destes autos.

Por outro lado, há, no processo, diversos outros indícios que indicam para a inexistência de dependência econômica a jungir a requerente a seu finado progenitor. A autora – e isto, ao que tudo está a indicar, desde o casamento – não mais residia na casa paterna. Em se tratando de situação em que, como no caso, não é lícito presumir a dependência econômica entre as partes, a observação desse dado, edificação e manutenção do lar com economias próprias, ou mediante o aporte de recursos financeiros prestados por terceiros, milita no sentido de descaracterizar a afirmação de dependência econômica em relação ao servidor falecido.

Nesse sentido, aliás, tem-se posicionado a jurisprudência das nossas Cortes Regionais:

(...)

Aliás, é importante que se registre *que eventuais aportes econômicos eventualmente prestados, em vida, pelo servidor falecido, em reforço ao orçamento doméstico, configuram mera liberalidade do doador em prol da donatária, sendo muito pouco a configurar singular situação de dependência econômica da última em relação ao primeiro*.

É até razoável a conclusão no sentido de que *a intercessão financeira do progenitor da autora possa ter, em determinados momentos de sua vida, colaborado à manutenção do patamar*

econômico-social da vida familiar da requerente segundo níveis mais elevados. O que não autoriza a conclusão, em absoluto e de forma nenhuma, que a requerente seja, ou tenha sido, efetivamente, dependente econômica do *de cujus* até o momento de seu falecimento.

De fato, é essa a conclusão que, em mais detida análise, exsurge do contexto probatório que ficou cristalizado nestes autos: a requerente realmente pode ter experimentado significativa ajuda econômica de seu falecido progenitor durante o período em que o mesmo esteve vivo. Isto é típico e até mesmo comum em famílias cujos pais ostentam padrão aquisitivo mais elevado. *Sucedendo que, com o casamento, cessa a dependência econômica em relação ao lar paterno a autorizar a requerente a fazer jus à percepção de pensionamento decorrente de óbito.*

Daí porque, sem a prova da dependência econômica entre o instituidor e a interessada, não há suporte para a reinstituição do benefício previdenciário aqui pretendido, vez que desatendidos aos requisitos a que alude o art. 217, I, “e” da Lei nº 8.112/90, na medida em que, em qualquer caso, deve haver a comprovação desse liame econômico entre as partes, o que, *in casu*, não ocorreu. *Verbis*:

“Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

- a) o cônjuge;
- b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;
- c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;
- d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor;
- e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor”.

Não é o caso (g.n.).

De outra parte, mas como já mencionado na sentença aqui em foco, é manifesta a má-fé da requerida quanto à situação aqui em testilha, na medida em que ela oculta, e o faz de forma evidentemente deliberada, condição relativa ao seu estado civil perante o órgão pagador, uma vez que ciente de que o descortínio da verdade a levaria à perda da benesse. Estão catalogadas nos autos diversas declarações ideologicamente falsas prestadas pela requerida com relação ao seu estado civil, o que afasta a sua boa-fé quanto à percepção dos valores respectivos, e impede qualquer argumento que pretenda obstar à repetição de verbas de natureza alimentar.

De se concluir, portanto, ter restado plenamente demonstrado, no âmbito administrativo, a inviabilidade do deferimento desse benefício ao réu, o que respalda a conclusão administrativa adotada pela autarquia previdenciária, conclusão essa que não restou restou infirmada nessa oportunidade.

Os valores pretendidos em repetição pela União Federal não estão controvertidos pela ré, devendo-se, portanto, presumi-los corretos, na forma do que prescreve o art. 341 do CPC.

Por tais razões, é *procedente*, em toda a sua extensão, a pretensão inaugural.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, *CONDENO* a ré (LUCIANA AMARAL COSTA) a restituir à autora (UNIÃO FEDERAL) todos os valores percebidos a título da pensão por morte aqui em apreço (ref. ao P.A. nº 25004.011911/2013-86), nos períodos compreendidos entre 09/07/1989 a 30/03/2013 (fls. 153), no valor total de R\$ 507.915,57, em valores atualizados para a competência 04/2016 (cf. memória discriminada de cálculo de fls. 231/240). Sobre o montante em aberto, incidirão

juros moratórios na forma dos arts. 405 e 406 do CC c.c. art. 161, § 1º do CTN. Atualização monetária, na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal da 3ª Região.

Sem condenação da ré no reembolso das custas, tendo em vista que a autora não as adiantou. Arcará a ré, vencida, com os honorários de advogado que, com fulcro no que dispõe o art. 85, §§ 2º e 3º do CPC, estabeleço nos percentuais mínimos a que aludem os incisos I a V do mesmo dispositivo, a serem calculados na forma disposta no § 5º. Fica suspensa a execução do montante, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º do CPC.

P.R.I.

Botucatu, novembro de 2016.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (re-messa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide Conflito de Competência nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

¹ **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins

do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de 1/2 salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a 1/2 salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região