

REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXVII - N. 131 - OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2016 - ISSN 1982-1506

NESTA EDIÇÃO:

• Filiação automática em previdência privada complementar: opção válida para o Brasil?
Adriana Freisleben de Zanetti

• O termo inicial da licença-maternidade para mães de bebês prematuros de convivência familiar tardia e o artigo 207, § 2º, da Lei nº 8.112/1990
Raquel Cristina Rezende Silvestre

• Direito de Autor em perspectiva histórica: da Idade Média ao reconhecimento dos direitos da personalidade do autor
Leonardo Estevam de Assis Zanini

• Metodologia jurídica e sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do Direito: uma visão panorâmica
Marcelo Jucá Lisboa

• Reflexões sobre o artigo 184 do Código Tributário Nacional e o artigo 30 da Lei de Execução Fiscal
Fabiano Righi



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 XXVII	n. 131	p. 1-477	out./dez. 2016

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 01/12/2016.

⁽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 - Presidente
MÔNICA NOBRE
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

Filiação automática em previdência privada complementar: opção válida para o Brasil?
Adriana Freisleben de Zanetti 15

O termo inicial da licença-maternidade para mães de bebês prematuros de convivência familiar tardia e o artigo 207, § 2º, da Lei nº 8.112/1990
Raquel Cristina Rezende Silvestre 27

Direito de Autor em perspectiva histórica: da Idade Média ao reconhecimento dos direitos da personalidade do autor
Leonardo Estevam de Assis Zanini 39

Metodologia jurídica e sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do Direito: uma visão panorâmica
Marcelo Jucá Lisboa 59

Reflexões sobre o artigo 184 do Código Tributário Nacional e o artigo 30 da Lei de Execução Fiscal
Fabiano Righi 93

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Indenização. Limitação administrativa. Prescrição prevista no artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932. Inocorrência.
AC 0001564-69.2007.4.03.6104
Desembargadora Federal Cecilia Mello 107

Conselho Regional de Farmácia. Drogaria. Fiscalização. Competência do CRF. Supermercado. Comercialização de produtos correlatos. Venda de medicamentos em unidade separada. Possibilidade. Registro no órgão. Assistência de profissional habilitado. Prescindível nova inscrição no CNPJ.
REOMS 0005055-08.2007.4.03.6000
Desembargador Federal André Nabarrete 112

Neoplasia maligna. Ressarcimento pelo poder público de tratamento de braquiterapia com recursos próprios. Indevido. Artigo 196 da CF.

AC 0002645-21.2010.4.03.6113

Desembargador Federal Nelton Dos Santos 118

“Programa Minha Casa Minha Vida”. Imóvel que não atende as condições de acessibilidade a que aludem a Lei nº 10.098/2000 e o Decreto nº 5.296/2004. Decisão liminar que determina o bloqueio de outros imóveis que efetivamente atendam os requisitos de acessibilidade em favor da autora. Viabilidade. Bloqueio de unidades habitacionais em quantidades superiores ao que a autora necessita. Necessidade de se considerar os interesses de outros mutuários nas mesmas condições.

AI 0004907-37.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Wilson Zauhy 122

Disponibilização de energia elétrica. Inadimplência. Autarquia. Prestação de serviço público essencial. Água e esgoto. Impossibilidade de corte fornecimento. Danos à coletividade.

AI 0010009-40.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Muta 126

DIREITO CIVIL

Despesas condominiais. Prescrição.

AC 0002117-47.2011.4.03.6114

Desembargador Federal Peixoto Junior 133

DIREITO CONSTITUCIONAL

Responsabilidade civil. Extracontratual. Linha férrea. Passagem de nível. Acidente com veículo. Danos moral, material. Denúnciação da lide. Culpa exclusiva ou concorrente não comprovada. Viúva e filhos menores. Presunção de dependência. Pensão. Termo “ad quem”, data em que o de cujus completaria 70 anos.

ApelReex 0006842-27.2007.4.03.6112

Desembargador Federal Nery Júnior 141

DIREITO PENAL

Materialidade. Delitos de contrabando e atividade clandestina de telecomunicações. Comprovada. Materialidade do delito do artigo 288 do Código Penal. Não comprovada. Autoria. Dosimetria. Decretação de nulidade. Necessidade de comprovar o prejuízo sofrido.

ACr 0001778-46.2015.4.03.6115

Desembargador Federal André Nekatschalow 167

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Implantação administrativa de benefício mais vantajoso posterior à concessão judicial da aposentadoria. Embargos Infringentes em Agravo Legal em Apelação. Embargos à Execução. Direito ao recebimento dos atrasados da condenação. Prevalência do voto majoritário.

EI 0003241-15.2004.4.03.6113

Desembargador Federal Paulo Domingues 185

Aposentadoria rural por idade. Embargos Infringentes. Incidente de juízo de retratação. Artigo 543-C, § 7º, II, do CPC/73. Comprovação da atividade rural no período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário por período suficiente ao cumprimento da carência.

EI 0037694-47.2006.4.03.9999

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 192

Aposentadoria especial. Atividade especial comprovada. Prova técnica emprestada. Benefício concedido. Correção monetária e juros de mora. Honorários advocatícios.

AC 0003775-46.2010.4.03.6113

Desembargador Federal Toru Yamamoto 198

Concessão de auxílio doença e conversão em aposentadoria por invalidez. Incapacidade. Doença que independe de carência. Plasmocitoma ou mieloma múltiplo.

AC 0007308-57.2012.4.03.6108

Desembargador Federal Baptista Pereira 209

Aposentadoria especial. Atividade especial. Ruído. Carpa de cana. Inseticida. Laudo técnico ou PPP.

AC 0012883-13.2012.4.03.9999

Desembargadora Federal Lucia Ursaia 215

Pensão por morte. Companheiro. Dependência econômica presumida. Qualidade de segurado não demonstrada. Sentença trabalhista. Inexistência de documentos/testemunhas que pudessem confirmar o vínculo. Atestado de óbito: qualificação como feirante.

ApelReex 0019919-09.2012.4.03.9999

Desembargador Federal David Dantas 220

Salário-maternidade. Preliminares de ilegitimidade passiva do INSS e incompetência da justiça comum afastadas. Término do vínculo empregatício, sem justa causa, durante a gestação. Segurada no período de graça.

AC 0027996-70.2013.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Claudio Santos 227

Renúncia de benefício. Concessão de outro mais vantajoso. Cômputo do tempo de contribuição posterior ao afastamento. Não devolução dos valores já recebidos da aposentadoria preterida. Possibilidade. Sobrestamento do feito. Desnecessidade. Decadência. Inocorrência. Recurso parcialmente conhecido. Danos morais. Não incidência.

Ag AC 0009659-98.2014.4.03.6183

Desembargador Federal Newton De Lucca 230

Auxílio-acidente. Artigo 18, § 1º, da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pela Lei Complementar nº 150/2015. Contribuinte individual/autônomo. Vedação legal expressa.

AC 0009598-07.2015.4.03.9999

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 238

Conversão de aposentadoria por tempo de contribuição em especial. Revisão. Periculosidade. Trabalho em quadro de força próximo a reservatórios de combustíveis. Reconhecimento do risco da atividade, independentemente do exercício laboral também ser realizado em ambiente sem agente perigoso.

Ag ApelReex 0039862-07.2015.4.03.9999

Desembargador Federal Gilberto Jordan 242

Aposentadoria por tempo de serviço proporcional. Revisão. Atividade especial. Telefonista. Enquadramento parcial. Sucumbência recíproca.

AC 0000476-57.2016.4.03.6111

Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 248

Assistência social. Remessa oficial. Não conhecimento. Novo CPC. Apelação cível. Benefício assistencial de prestação continuada. Preenchimento dos requisitos legais.

ApelReex 0011134-19.2016.4.03.9999

Desembargador Federal Luiz Stefanini 257

Pensão por morte. União estável. Preenchidos os requisitos para a concessão do benefício.

AC 0025042-46.2016.4.03.9999

Desembargadora Federal Tânia Marangoni 263

Auxílio-doença. Benefício assistencial. Incapacidade laboral afastada. Benefícios denegados. Nulidade da sentença. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

AC 0025957-95.2016.4.03.9999

Desembargadora Federal Ana Pezarini 269

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Agravo Legal. Julgamento por decisão monocrática. Embargos à Execução. Contrato de mútuo. Nota promissória. Prova pericial. Ausência de título. Liquidez do título. Juros. Comissão de permanência e taxa de rentabilidade. Multa contratual.

Ag AC 0018059-60.1994.4.03.6100

Desembargador Federal Valdeci dos Santos 275

Embargos de Terceiro. Imóvel penhorado. Doação. Incidência da Súmula nº 84/STJ. Ônus da sucumbência. Princípio da causalidade. Falta de comunicação da doação.

AC 0001748-45.2004.4.03.6002

Desembargador Federal Nino Toldo 283

Embargos à Execução. Ação idêntica proposta no Juizado Especial Federal. Renúncia ao crédito excedente. Extinção da execução quanto ao principal. Honorários advocatícios. Verba autônoma. Execução. Possibilidade.

AC 0038104-37.2008.4.03.9999

Desembargador Federal Nelson Porfírio 288

Honorários advocatícios. Base de cálculo. Aposentadoria por idade. Antecipação de tutela. Pagamento administrativo.

EDcl AC 0006922-45.2012.4.03.6102

Desembargadora Federal Marisa Santos 293

Conflito Negativo de Competência. Ação Civil Pública. Criação de vara no local do dano. Remessa dos autos. Inaplicabilidade do princípio da “perpetuatio jurisdictionis”.

CC 0004843-61.2015.4.03.0000

Desembargador Federal Cotrim Guimarães 296

Agravo Regimental. Exceção de Suspeição. Intempestividade. Prazo regimental. Concessão de prazo para juntada de documentos. Inviabilidade. Reiteração de conduta. Má-fé reconhecida. Multa.

SUSPEI 0012600-72.2016.4.03.0000

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 300

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Inquérito policial. Decisão judicial de arquivamento de inquérito. Atipicidade do fato. Investigado detentor de foro por prerrogativa de função. Decisão proferida por juiz de primeira instância. Juízo absolutamente incompetente. Posterior oferecimento de denúncia perante o juízo competente. Ausência de provas novas. Impossibilidade. Coisa julgada. Pressuposto processual negativo. Precedentes.

IP 0021210-39.2010.4.03.0000

Desembargador Federal Mairan Maia 311

“Habeas Corpus”. Agente maior de 70 anos após o juízo condenatório. Redução do prazo prescricional. Inaplicabilidade do artigo 115 do CP.

HC 0004344-43.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Paulo Fontes 340

“Habeas Corpus”. Tráfico internacional de drogas. Pedido de prisão domiciliar. Ausência dos requisitos legais necessários. Impossibilidade. Prisão preventiva. Legalidade. Ordem denegada.

HC 0012558-23.2016.4.03.0000

Desembargador Federal José Lunardelli 345

“Habeas Corpus”. Crime de desobediência. Construção imposta por juízo trabalhista. Constrangimento ilegal verificado. Ordem concedida.

HC 0013091-79.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Maurício Kato 351

“Habeas Corpus”. Execução provisória da pena. Possibilidade. Constrangimento ilegal. Inexistência. Violação a princípios constitucionais. Ausência. Ordem denegada.

HC 0014268-78.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Souza Ribeiro 354

DIREITO TRIBUTÁRIO

Imposto importação. Isenção. Lei nº 3.244/1957. Enquadramento máquina importada.

ApelReex 0056448-12.1997.4.03.6100

Desembargadora Federal Mônica Nobre 363

AFRMM. Adicional de frete para a renovação da marinha mercante. Sujeição passiva da empresa consignatária. Lei Federal nº 10.206/2011. Inadequação do Mandado de Segurança para produção de provas.

0011378-37.2009.4.03.6104

Desembargador Federal Fábio Prieto 367

IPTU. Taxas. Imóvel da extinta RFFSA. Sucessão pela União. Imunidade recíproca. Aplicabilidade. Embargos à Execução Fiscal. Nulidade do lançamento. Inocorrência. Ausência de elementos da CDA. Inocorrência. Constitucionalidade. Precedentes do STF.

AMS 0048357-84.2011.4.03.6182

Desembargador Federal Marcelo Saraiva 370

Contribuição previdenciária. Décimo terceiro salário. Artigo 22, I, da Lei nº 8.212/1991. Ilegalidade do ato declaratório interpretativo nº 42/2011. Compensação. Tributos de mesma destinação e espécie. Artigo 170-A do CTN. Prescrição quinquenal. Atualização. Taxa SELIC.

AMS 0000972-27.2013.4.03.6100

Desembargador Federal Hélio Nogueira 375

Execução Fiscal. Protesto. Sustação. Quitação parcial da dívida.

AI 0028289-30.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Antonio Cedenho 383

IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. Não incidência. Indenização por extinção de contrato de representação comercial. Lei nº 4.886/1965, alterada pela Lei nº 8.420/1992. Caráter de dano emergente. Compensação. Restrição prevista no artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007.

AMS 0002816-54.2015.4.03.6128

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 388

ICMS/ISS inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS. Legalidade. Súmulas nºs 68 e 94/STJ.

AMS 0005916-23.2015.4.03.6126

Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra 397

IRPF. Isenção. Proventos de pensão por morte. Neoplasia maligna de tireóide. Artigo 39, § 6º, do Decreto nº 3.000/99. Posterior ausência de sintomas da doença não justifica a revogação do benefício isencional.

AI 0008039-05.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo 411

Recuperação judicial da executada. Prosseguimento da ação de execução fiscal. Possibilidade da prática de atos constritivos.

AI 0012189-29.2016.4.03.0000

Juíza Federal Convocada Leila Paiva Morrison 416

SENTENÇAS

Ação Demolatória. Inquérito Civil. Implantação de píer sem autorização do DEPRN. Demolição de construção irregular.

0000261-14.2013.4.03.6135

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes 425

Embargos à Execução Fiscal. Cobrança de receitas não-tributárias. Aforamento e laudêmio.

0009132-86.2013.4.03.6182

Juiz Federal Erik Frederico Gramstrup 433

Ação Penal. Crime de calúnia. Imputação falsa de crime de falsidade ideológica e ameaça à Delegado da Polícia Federal.

0006118-52.2014.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 439

Ação Penal. Intercepção de encomenda contendo sementes de maconha. Confissão sobre a intenção de semear as sementes para consumo próprio. Alegação de desconhecimento da ilicitude da conduta.

0001710-72.2015.4.03.6123

Juiz Federal Gilberto Mendes Sobrinho 447

Ação Penal. Assalto praticado em concurso de pessoas contra carteiro. Porte de arma de fogo. Reconhecimento fotográfico. Depoimentos desconexos.

0011942-66.2015.4.03.6181

Juíza Federal Renata Andrade Lotufo 452

Mandado de Segurança. Prorrogação do período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil – FIES. Inscrição em programa de residência médica (área de concentração Pediatria) junto à UNESP.

0001477-17.2016.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 457

Mandado de Segurança. Concurso público. Magistério. Vacância. Preenchimento da vaga por seleção interna. Ilegalidade do remanejamento.

0003519-75.2016.4.03.6119

Juiz Federal Etienne Coelho Martins 465

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 471

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 475



Artigos Doutrinários

Filiação automática em previdência privada complementar: opção válida para o Brasil?



Adriana Freisleben de Zanetti

Mestranda em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Especialista em Direito Comparado pela Universidade de Samford/Alabama. Membro honorário do Instituto dos Advogados do Brasil – IAB. Juíza Federal.

RESUMO: O artigo traz breves reflexões sobre o instituto da filiação automática em previdência privada complementar, examina a possibilidade da entrada da ferramenta no ordenamento jurídico do País e considera as suas vantagens e desvantagens. Conclui que o instituto é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, mas depende de previsão legal, que poderia se dar por meio de alteração nas Leis Complementares nºs 108 e 109/2001.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência complementar. Filiação automática. Poupança previdenciária. Cultura previdenciária. Aposentadoria digna.

ABSTRACT: This article brings a brief reflection about automatic enrolment in occupational and optional pension schemes, considering its advantages and disadvantages. It also reflects about the implementation of automatic enrolment in Brazil. It concludes that automatic enrolment is viable in Brazil, but there is a need to enact an amendment in the current Law.

KEYWORDS: Private pension schemes. Automatic enrolment. Retirement savings. Retirement culture. Retiring with dignity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A crise do sistema público e a necessidade de expansão da previdência privada complementar. 3. Filiação automática em previdência privada complementar. 4. O instituto é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro? 5. Percentual inicial e fiscalização. 6. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

A reformulação do sistema público de previdência social é medida que se impõe nesse exato momento cultural da humanidade, em face da situação atual das finanças públicas nos mais diversos países e à vista do aumento da taxa de longevidade humana. Exatamente no ponto de interseção entre a obrigação de o Estado garantir o *necessário* e a demanda para suprir *necessidades* outras que não o “necessário” em sentido estrito é que se insere a tendência mundial de expansão da previdência privada.

A partir de estudos comportamentais, verificou-se a escassa reflexão da humanidade sobre a necessidade de iniciar a poupança previdenciária em tempo hábil; assim, surge a ideia de admitir a entrada, nos ordenamentos jurídicos, do instituto da “filiação automática” na previdência privada complementar.

Além da questão da proteção previdenciária complementar em si, há considerar-se que o aumento do número de participantes nos planos de benefícios das entidades privadas possibilita a redução de custos na administração dos planos, bem como viabiliza rendimentos mais elevados nos investimentos, à vista do chamado “ganho de escala”.

É que uma maior quantidade de ativos possibilita o acesso a investimentos de maior qualidade, em termos de relação “risco x rentabilidade”. Assim, o investidor institucional tem melhor desempenho que o investidor individual, que no mais das vezes não dispõe de numerário suficiente para participar de negócios em mercados de ações das maiores empresas, cujos ativos são negociadas apenas em lotes (normalmente, em lotes de mil ações, no mínimo). E as entidades previdenciárias privadas são “investidores institucionais”¹ por

excelência, já que tem como atividade-meio os investimentos, como forma de garantir o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos de benefícios.

Nesse artigo, analisaremos em que consiste a filiação automática, em quais países a novidade já foi implantada, quais foram os pontos positivos e negativos já observados. Por fim, verificaremos a compatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico do Brasil.

2. A crise do sistema público e a necessidade de expansão da previdência privada complementar

A garantia de renda adequada na aposentadoria constitui um dos maiores desafios dos governos na atualidade. Os avanços na medicina, a mudança comportamental, a melhoria em questões sanitárias e de segurança são fatores que implicaram o aumento da longevidade humana.

No caso do Brasil, conforme a tábua de mortalidade do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE de 1980, verifica-se que, à época, a expectativa de vida de um brasileiro ao nascer era de 62,5 anos. Na tábua de 2014, passou a ser 75,2.² Em pouco mais de trinta anos percebe-se que o Estado passou a arcar com mais de doze anos de sobrecarga no pagamento dos benefícios de aposentadoria, com a correlata necessidade de ajustar as fontes de custeio ou, de maneira cumulativa ou substitutiva, de reduzir as bases de pagamento dos benefícios. Nesse sentido:

to ambiental etc., deveriam ser levados em consideração. BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 150.

- 2 IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2014*. Breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2014/notastecnicas.pdf>. Acesso em: 13 set. 2016.

¹ Wagner Balera sustenta que deve haver também um viés de moralidade em relação aos “investidores institucionais”: assim, aspectos que não costumam entrar no cardápio de rentabilidade, como segurança do trabalho, respei-

(...) a crise em que se debatem os sistemas de segurança social – sem que se anteveja uma evolução demográfica que possa, mesmo em médio prazo, debelá-la dentro dos atuais critérios operacionais, pois parece que, pelo menos nos próximos 50 anos a evolução será no sentido do envelhecimento da população mundial, com vida média do homem ultrapassando os 100 anos e o número de nascimentos continuando a diminuir – vai levar, e já está levando, em alguns países a uma revisão conceitual de seus objetivos, o que determinará, certamente, serem expurgados, daquela, os serviços que podem ser prestados por estruturas proporcionadas pela atividade privada com igual ou até superior eficácia, traz à colação o papel que as coberturas privadas e os respectivos esquemas operacionais podem desempenhar na resolução do problema.³

Com efeito, a estrutura tradicional do regime geral previdenciário, de natureza pública, baseia-se no chamado “pacto de gerações”.⁴ Segundo esse conceito, as gerações atuais trabalham para garantir a renda dos aposentados de hoje, sendo que os benefícios da população economicamente ativa de hoje seriam custeados pelas gerações futuras.

A maior parte dos governos adota, para o sistema previdenciário público e obrigatório, o método de financiamento de benefícios da repartição simples – também conhecido como *pay-as-you-go* – onde as entradas em determinada competência respondem pelos pagamentos dos benefícios, não havendo a formação de fundo de reserva.

Em decorrência, porém, do aumento da taxa de longevidade e em virtude do fato de as mulheres terem cada vez menos filhos ao longo da última década, surte a evidência de que o método baseado na troca intertemporal

de gerações com sistema de financiamento fulcrado em repartição simples não mais se sustenta.

A tendência é mundial, tendo os diversos governos lançado mão de medidas para reformular o sistema de previdência. Um viés importante consiste em remodelar a previdência pública e admitir a maior participação das entidades privadas no setor. Manuel Sebastião Soares Póvoas justifica essa necessidade:

A impossibilidade de os sistemas compulsórios satisfazerem completamente as necessidades dos segurados, as previsões que se fazem sobre o desequilíbrio que, inexoravelmente, se abaterá sobre eles e ainda a doutrinação das correntes neoliberalistas de que o homem não deve entregar à ação exclusiva do Estado a administração do seu bem-estar futuro, mas criar esquemas voluntários e alimentá-los para que na eventualidade de estados de necessidade possa sobrepassá-los, tem levado a criar esquemas específicos privados previdenciários.⁵

De fato, verifica-se, na atualidade, o aumento de fomento estatal no sentido de incentivar e alargar as bases da previdência privada, de modo substitutivo, alternativo ou complementar.

No ponto, Armando de Oliveira Assis já alertava, em 1950, que a dimensão do “risco social moderno” e a correlata cobertura contra o revés social a cargo do Estado, via modelo público obrigatório, revela-se adaptável em função do tempo e do espaço, como fenômeno cultural que é:

A dimensão do “risco social” variará, assim, segundo as circunstâncias de tempo e espaço e conservando todas as suas qualidades específicas. Ele se contrairá ou expandirá de acordo com o nível da

3 PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 83-84.

4 Sistema de solidariedade intergeracional mútua, no qual os jovens subsidiam os idosos.

5 PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 93.

comunidade a que se destine, acompanhará a média do bem-estar nacional, e, sobretudo, assumirá o porte que permitir a pujança da economia que lhe servir de base.⁶

No mesmo sentido, Rio Nogueira⁷ defendeu, em 1978, que a previdência social é um aspecto de seguridade social atrelado ao princípio da dignidade humana previsto na Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948. Assim, a seguridade *básica* é componente necessário da ordem econômica e social do País, com o escopo de garantir a previdência em *padrões comuns da maioria assalariada*. O Estado, interessado na paz social, deveria preservar padrões módicos de grupos familiares, não devendo nunca sacrificar a massa de contribuintes com pensões de “luxo”. Segundo ele, complementos além do básico deveriam estar na esfera da previdência supletiva.⁸

Há algum tempo tem sido percebida a expansão mundial do setor de previdência complementar. No Brasil, especificamente, o segmento vem adquirindo contornos relevantes desde a ampliação da previdência complementar, com a previsão, na Lei Complementar nº 109/2001, de planos instituídos, bem como a criação, por meio da Lei nº 12.154/2009, da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, autarquia de natureza especial vinculada ao Ministério da Previdência Social.

Todavia, o setor ainda representa desafio em termos de fomento à participação, notadamente devido à baixa cultura previdenciária e ao contexto cultural tecnológico.

Esse último, aliás, inseriu o elemento “rapidez” como valor importante e perseguido a qualquer custo, a ponto de ofuscar a percepção humana em relação ao tempo transcorrido. Tal efeito específico da evolução científica tem sido alvo de estudos nas áreas da Psicologia e da Economia: pesquisa-se, notadamente, o efeito do “desconto hiperbólico”⁹ relacionado às escolhas humanas, sempre que há o fator “espera” em questão.

Compete, pois, ao Estado, como guardião da Ordem Social e da Ordem Econômica, lançar programas e medidas educativas na área previdenciária, com o escopo de neutralizar raciocínios imediatistas e conscientizar a população acerca das mazelas da pobreza na velhice. Nesse ponto, o fomento do setor de previdência complementar é fundamental.

3. Filiação automática em previdência privada complementar

Tradicionalmente nos mais variados ordenamentos jurídicos, a previdência complementar privada é de natureza facultativa; vale dizer, a pessoa só participa do sistema por ato de vontade. Ocorre que, até pouco tempo atrás, esse ato de vontade era exclusivamente determinado por ação do agente, ao preencher um contrato de adesão ao sistema.

Alguns países, porém, após análise de estudos comportamentais, chegaram à conclusão de que a filiação automática no sistema complementar, com a opção de desligar-se em momento posterior, aumenta, de imediato, em torno de 10% para mais o número de participantes, só por conta da inércia humana; essa, tida como espécie de tendência passiva do indivíduo no que tange aos investimentos de longo prazo, especialmente aqueles referentes à aposentadoria.

6 ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “risco social”. *Revista de Direito Social*, ano 4, n. 14, p. 150-173, abr./jun. 2004. “Memória Histórica” do texto originalmente publicado na Revista dos Industriários 18, dezembro de 1950.

7 Atuarío da primeira geração de fundos de pensão do País. Orientou e colaborou, na criação da PETROS, POSTALIS, AEROS, VALIA etc.

8 NOGUEIRA, Rio. Filosofia do sistema previdencial supletivo – aspectos econômicos, financeiros e atuariais. *Revista de Previdência Social*, n. 5, 1º trimestre 1978.

9 Refere-se à tendência de o ser humano optar por uma recompensa imediata sempre que houver essa possibilidade, em troca de ganhos racionais que o transcorrer do tempo traria em idêntica situação.



Embora a facultatividade seja característica essencial do sistema de previdência complementar, os países que admitem a novidade entendem que o silêncio, na fase de adesão, pode ser interpretado como manifestação válida de vontade, já que o sistema garante a manifestação expressa do trabalhador em momento posterior, para ratificar ou anular o ato de vontade tácita presumida.

Na atualidade, utilizam-se do instituto da filiação automática os seguintes países: Nova Zelândia, Reino Unido, Estados Unidos, Chile e Itália.¹⁰

¹⁰ IOPS – International Organization of Pension Supervisors. *IOPS working papers on effective pensions supervision*, n. 22 – role of pension supervisory authorities in automatic enrolment, dez. 2014. Disponível em: <http://www.iopsweb.org/WP_22_Role-Pension-Supervisory-Authorities-Automatic-Enrolment%20.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.

Na Nova Zelândia, o instituto apresenta, por ora, resultados positivos. Com efeito, até 2006 – ano de implementação do novo modelo neozelandês denominado “Kiwisaver”, apenas 20% da população aderiu à poupança previdenciária de maneira voluntária. Com a inauguração do “Kiwisaver” em 2007, esse número subiu para o percentual de 60% da população em 2013.¹¹

O sistema tem por alvo os novos empregados, que são automaticamente filiados em fundos de pensão desde 2007, com a opção de escolher sair do plano de benefícios entre 2 e 8 semanas após a filiação. A taxa inicial de contribuição dos empregados é de 3% dos rendimentos, podendo subir até 8%. Os empregadores contribuem com 3%, no mínimo. Ainda como incentivo, o governo da Nova Zelândia faz um aporte anual nas contas individuais. Além disso, após 12 meses de filiação, os participantes automaticamente vinculados aos planos podem deixar de contribuir entre 3 meses e 5 anos, independentemente de motivação.

Juntamente com o lançamento dos novos modelos de aposentadoria, o governo da Nova Zelândia programou uma série de medidas voltadas à educação previdenciária dos neozelandeses, prevendo que a maior compreensão da necessidade de poupança previdenciária equacionaria de maneira mais ágil e eficiente os problemas contemporâneos relativos à aposentadoria.

Uma das medidas interessantes foi o lançamento de sítio independente na internet, capaz de esclarecer dúvidas afeitas a planos de benefícios previdenciários de natureza complementar. Com efeito, no endereço do “sorted” (www.sorted.org.nz) é possível simular comparações entre vários planos, de acordo com as preferências de cada participante – em relação ao tempo de contribuição, valor das contribuições e perfis de investimentos, por exemplo.

¹¹ *Ibidem*.

No Reino Unido, o instituto da “filiação automática” foi implantado em outubro de 2012, estando todos os empregados acima de 22 anos a ele sujeito, desde que auferirem renda maior que 10.000 libras por ano. A opção por desvincular-se do plano pode ser feita a qualquer tempo, caso em que as contribuições já vertidas devem ser restituídas ao participante, no mês seguinte à desfiliação. O percentual de renda para as contribuições tem previsão de aumento gradativo entre 2012 até 2018, a partir de quando será de 8%, no mínimo (incluído nesse percentual a contribuição de 3% aportada pelo empregador). A contribuição do governo se dá por meio de benefícios tributários como isenção e diminuição de alíquota de impostos.¹²

Também houve a preocupação do governo em lançar medidas educativas de cultura previdenciária: juntamente com o programa de filiação automática foram iniciadas várias campanhas informativas – inclusive uma propaganda na televisão – sobre o problema da aposentadoria, com a conscientização da população sobre a necessidade de poupança prévia para obter-se renda adequada na aposentadoria. Há também um sítio da internet no Reino Unido, o *pensionwise.gov.uk*, que permite consultas sobre vários aspectos de planos de contribuição definidos, sendo também possível agendar consulta com especialistas para sanar as dúvidas, pessoalmente ou por telefone.

Nos Estados Unidos, a filiação automática ocorre desde 1998 e abrange os empregados acima de 22 anos que já contam com um ano de serviço. A opção de saída deve ser exercida dentro de 90 dias, caso em que as contribuições vertidas devem ser restituídas ao participante. A taxa mínima de contribuição é de 3%, progressivamente aumentada em um ponto percentual por ano até atingir 6% (por opção expressa, pode chegar a 10% dos rendimentos). A contribuição do governo se dá por meio de incentivos fiscais.

No Chile, o instituto foi incluído pela reforma de 2008 e acarreta, a partir de 2012, a filiação automática de trabalhadores autônomos com determinada renda¹³ a um fundo de pensão, sendo a contribuição estabelecida no patamar de 10% da renda auferida, devendo ser destacada e descontada em cada nota fiscal de prestação de serviços. A opção por sair do plano podia ser feita anualmente, por meio da declaração anual de ajuste de imposto de renda, até o ano de 2014. Isso porque, desde janeiro de 2015, a contribuição passa a ser compulsória, não havendo mais a possibilidade de desfiliação na declaração de imposto de renda no exercício de 2016.

Na Itália, o instituto passou a valer na primeira metade de 2007, abrangendo todos os trabalhadores do setor privado, que podem optar por sair do plano de benefícios em até seis meses após a filiação. O aporte é feito no percentual de 6,91% e recolhido exclusivamente pelo empregador ao fundo de pensão (em substituição a tributo semelhante ao nosso FGTS).

4. O instituto é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro?

No Brasil, o sistema de previdência social abrange: (i) o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, de natureza pública e filiação obrigatória a todos os trabalhadores não cobertos por regimes próprios; (ii) o Regime Próprio de Previdência para trabalhadores com vínculo estatutário em relação à Administração Pública; e (iii) o Regime Complementar, de natureza privada, contratual e facultativa, operado por entidades privadas de previdência complementar (fechadas ou abertas).

Dada a característica da contratualidade e da facultatividade, a adesão à previdência complementar privada, no País, é feita por meio de ato de vontade expresso do

¹² *Ibidem*.

¹³ Conforme limite tributável estabelecido no artigo 42, n° 2, do Código Tributário Chileno.

participante, ao assinar um documento que o filia no sistema. Seria, então, compatível com a Constituição a inversão da regra, admitindo-se a filiação automática, respeitado o direito de o participante, a qualquer tempo, “pedir para sair”?¹⁴

No ponto, assinalamos que recentemente houve a incorporação do instituto em relação ao regime complementar dos servidores públicos federais.

Com efeito, a Lei nº 12.618/2012, editada em cumprimento a Emenda Constitucional nº 41/2003, que instituiu a previdência complementar pública, foi recentemente alterada pela Lei nº 13.183, de 4 de novembro de 2015, passando a contar com a seguinte redação:

Art. 1º. É instituído, nos termos desta Lei, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União.

(...)

§ 2º. Os servidores e os membros referidos no *caput* deste artigo com remuneração superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que venham a ingressar no serviço público a partir do início da vigência do regime previdenciário complementar de que trata essa Lei, serão *automaticamente inscritos* no respectivo plano de previdência complementar desde a data de entrada em exercício.

§ 3º. Fica assegurado ao participante o direito de requerer, a qualquer tempo, o cancelamento de sua inscrição, nos termos do regulamento do plano de benefícios. (destaque nosso).

Apesar de restrita a servidores públicos federais, a inovação legal recebeu críticas da comunidade jurídica, que sustenta a inconstitucionalidade da norma, ao fundamento de que o artigo 202 da Constituição é expresso no sentido da facultatividade do sistema.

Todavia, temos que a regra constitucional relativa ao caráter facultativo da previdência complementar privada pode ser compatível com a filiação automática, desde que prevista em lei que explicita a manutenção do caráter facultativo com o regramento minucioso do direito de o participante optar por sair do plano.

É que facultatividade não significa, necessariamente, espontaneidade. Basta a garantia de que ninguém será obrigado a permanecer filiado a um plano de benefícios, sem assim o desejar.

Com efeito, a previdência privada tem natureza contratual. Trata-se, portanto, de negócio jurídico, cuja validade, nos termos do artigo 104 do Código Civil, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e *forma prescrita ou não defesa em lei*. Em seguida, o Código civil admite, no artigo 111, o silêncio como manifestação de vontade, desde que as circunstâncias ou usos autorizem e não seja necessária a declaração expressa.

Conjugando os dois dispositivos mencionados e havendo previsão legal, temos por factível a extensão do instituto de filiação automática a todo o setor complementar.

Cediço que a doutrina ligada ao Direito do Trabalho sempre procurou relacionar a facultatividade com a espontaneidade para proteger o trabalhador contra a investida de empregadores que atrelam “penduricalhos”, como, por exemplo, título de clube, ao contrato de trabalho. Mas o raciocínio não vale para a previdência complementar, que tem natureza autônoma e desvinculada do contrato de trabalho.

Aliás, no ponto, cite-se que a jurisprudência assentou como pacífica a

14 Expressão que se tornou popular no Brasil após o filme “Tropa de Elite” e reproduz a fala de um dos personagens, o Capitão Nascimento.

competência da justiça comum, e não a trabalhista, para julgar lides envolvendo as entidades de previdência complementar e os participantes de planos patrocinados pelas empresas empregadoras.

Ainda que a condição da filiação automática seja, na maior parte dos casos, decorrente de um contrato de trabalho, temos que não haveria prejuízo identificável na lei que previsse a oportunidade de saída do participante, mediante opção, vez que a interpretação constitucional da previdência privada admite o entendimento, diretamente em favor do princípio maior da seguridade social, que é assegurar a todos existência digna.

Assim dispõe o artigo 193 da Constituição da República: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Não se duvida que esses axiomas fundamentais – bem-estar e justiça – representam o centro de gravidade de todo o sistema constitucional no campo social.¹⁵ Também o artigo 170 da Constituição Federal, ao regular a ordem econômica e financeira, diz ter ela por base a valorização do trabalho humano e a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observadas a necessidade de reduzir as desigualdades regionais e de buscar o pleno emprego.

5. Percentual inicial e fiscalização

Uma vez admitida a viabilidade jurídica e financeira-atuarial, a principal questão que se coloca quando se pensa em filiação automática é o percentual das contribuições que



incidirá sobre determinado montante, denominado salário de participação: há definir-se um montante que seja suficiente para verter renda adequada na velhice, mas que não onere demasiadamente o orçamento presente.

Com efeito, se o sujeito investe cerca de 20% de seus rendimentos atuais em poupança previdenciária, certamente obterá excelente renda na aposentadoria, embora esse percentual possa influenciar negativamente no que diz respeito ao atendimento das despesas necessárias atuais. De outra via, 3% de poupança previdenciária talvez não onere o participante no presente, mas também não garantirá benefício digno na velhice. Daí a vantagem de a previdência complementar poder contar com a contrapartida de contribuições do patrocinador, ou mesmo do governo, por meio de incentivos fiscais. Por exemplo, se o participante contribui com 8% de seus rendimentos, o patrocinador (empregador) colabora no mesmo percentual e o sujeito logra obter redução de imposto de renda, é provável que esse esforço conjunto reverta em um benefício razoável na aposentadoria.

Até a década passada, os planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar operavam tanto na modalidade “Benefício Definido” – BD – em que havia garantia de renda estipulada na

¹⁵ BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 23.

fase de aposentadoria; como na modalidade “Contribuição Definida” – CD – em que o percentual era fixo durante a fase de acumulação de recursos, sendo a renda posterior o resultado do acervo capitalizado por meio dos investimentos ao longo da primeira fase.¹⁶ A diferença básica entre as modalidades era do ponto de vista de quem assumia o risco financeiro e atuarial: o fundo de pensão, no caso dos planos “BD”, ou o participante, no caso dos planos “CD”.

Atualmente, os planos “BD” estão em fase de extinção, optando a maioria dos países por autorizar o funcionamento apenas de planos na modalidade “Contribuição Definida”. Esse é um ponto importante, porque assinala a necessidade ainda maior de campanha de conscientização popular para que haja certo esforço de poupança previdenciária no presente, caso contrário haverá apenas a ilusão de proteção social, por certo que a contribuição irrisória acarretará benefício futuro inadequado às necessidades reais dos aposentados.

Ademais, a atualidade parece carecer de estudos mais sérios visando à adequação “customizada” de premissas atuariais, de modo a revelarem-se “afinadas” à massa específica de participantes. As tábuas de mortalidade, no mais das vezes, são gerais e divididas apenas por sexo, quando o ideal seria levar em consideração outros fatores como classe profissional, social, etc.

Fato é que hoje em dia muito se atribui ao acaso o posterior “descolamento” das premissas tomadas pelos atuários com a realidade verificada. Mas a evolução da ciência atuarial já sugere a possibilidade de minimizar os riscos até então tidos como “randômicos”. Urge, assim, a sofisticação das premissas atuariais,

de modo a refinar as hipóteses e adequá-las ao ideal do ativo e do passivo dos planos, sempre vistos esses aspectos em conjunto.

Outra questão a ser pontuada é a necessidade de que o órgão regulador e fiscalizador das entidades operadoras de planos privados de previdência complementar institua mecanismos efetivos, eficientes e eficazes de supervisão contínua e preventiva.

Não é desejável o Estado como agente de fomento, de um lado, e como agente culpado pela falha do serviço público relacionado à regulação e fiscalização, de outro. Por pertinente, citamos o caso do fundo de pensão dos aeronautas e aeroviários – AERUS – cuja incapacidade de pagamento de benefícios levou ao fechamento de um dos planos e gerou, por sentença ainda não definitiva,¹⁷ a obrigação de o Estado complementar a renda dos participantes, eis que reconhecido em juízo que houve falha na prestação do serviço público relativo à fiscalização.

Para melhor ilustrar a ideia, transcrevemos trecho da sentença:

Não se cogita aqui de responsabilizar a União pela derrocada das empresas, fato que não podia nem devia evitar em uma economia de livre mercado e concorrência, mas de evitar que os participantes dos Planos permanecessem no falso abrigo de uma previdência complementar que a União não fiscalizava adequadamente e na proteção, deles participantes, no que concerne às referidas patrocinadoras (...) o Estado se omitiu no seu poder-dever, prescrito no art. 3º, especialmente item I, da Lei 6.435/77, e deve responder patrimonialmente pela falta de serviço (...).¹⁸

¹⁶ Diversamente, as entidades *abertas* de previdência complementar operam nas modalidades conhecidas no mercado como “VGBL” e “PGBL”, mais aproximados à figura de seguro, com opção de renda. Ou seja: contrato aleatório por excelência, misturado com título de capitalização. Por isso, nesse ponto específico do artigo a ênfase foi dada às entidades *fechadas* de previdência complementar, conhecidas como “fundos de pensão”.

¹⁷ Sentença proferida em 13 de julho de 2012, na 14ª Vara Federal do Distrito Federal, referente à Ação Civil Pública 2004.34.00.010319-2.

¹⁸ Itens 137 e 138 da sentença.

6. Conclusão

Concebido para guarnecer o homem com um conforto material contra eventos certos – como a morte e idade avançada – ou eventos aleatórios – como gravidez, doença, acidente ou incapacidade total ou parcial para o exercício de atividade laborativa –, o RGPS sofreu mudanças ao longo dos tempos que determinaram a busca por mecanismos previdenciários alternativos.

Com efeito, o desequilíbrio das contas do RGPS impõe a restrição de benefícios previdenciários a cada nova atualização da tabela de mortalidade do sistema referencial do IBGE, em termos de regras de concessão, valor de renda inicial e prazos de carência. A tendência é que os benefícios do regime geral se aproximem da garantia do mínimo existencial, quiçá até, em futuro não tão longínquo, virem a substituir ou a consolidarem-se às regras da Assistência Social.

Imperiosa, pois, a existência de um sistema adicional supletivo de renda. No Brasil, tal sistema foi elevado à ordem constitucional pela Emenda Constitucional nº 20/1998, que trouxe ao artigo 202 da Constituição o regramento do sistema de previdência privada complementar. Em decorrência da Emenda referida, foram editadas as Leis Complementares nºs 108 e 109, ambas de 2001, que trouxeram os desdobramentos do setor.

Todavia, o estágio atual das entidades de previdência privada complementar no Brasil – e em vários outros países – demonstra a necessidade de incremento no nível de adesões ao sistema complementar facultativo, ao mesmo tempo em que impõe investidas governamentais capazes de conscientizar a população acerca da importância da poupança previdenciária.

Nesse cenário se insere o instituto da “filiação automática” analisado nesse artigo.

De modo geral, o instituto da filiação automática pode gerar efeitos positivos na in-

serção dos brasileiros na cultura da poupança previdenciária, revelando-se medida efetiva para o aumento das adesões aos fundos de pensão, de modo a incrementar a proteção social necessária na velhice.

A Constituição da República, porém, estabelece o caráter facultativo da previdência privada complementar. Assim, eventual Lei que autorize a filiação automática deve trazer a possibilidade de o participante sair do plano, bem como a previsão da devolução de contribuições vertidas entre o lapso da filiação e da desfiliação.

Nessa linha, entendemos que seria possível a extensão a todo o setor privado, mas tal dependeria de alterações nas Leis Complementares nºs 108 e 109 de 2001.

Superada a questão inerente à regra da facultatividade, a segunda indagação seria o percentual estipulado automaticamente sobre o salário de participação. Os fundos teriam de “desenhar” os planos de modo muito aderente à massa provável de participantes para obter resultados satisfatórios. Tal representa um desafio, por certo que diferentes setores econômicos, diferentes níveis de renda e diferenças culturais implicam diversidade dos percentuais de contribuição inicial.

O instituto da filiação automática convive harmonicamente com a Ordem Constitucional, forjada com base no primado da dignidade humana. É necessário, porém, que a estratégia seja implementada juntamente com um conjunto de ações educativas no que tange ao fomento da poupança previdenciária, com foco na educação financeira da população.

A contrapartida necessária é o fortalecimento das ações fiscalizatórias preventivas por parte do Estado, com vistas à atuação positiva cada vez mais capacitada e adequada para mapear e corrigir prontamente eventuais desvios na gestão das entidades operadoras de planos de benefícios de natureza previdenciária complementar, melhorando a confiança dos brasileiros no setor.

Bibliografia

ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “risco social”. *Revista de Direito Social*, ano 4, n. 14, p. 150-173, abr./jun. 2004. “Memória Histórica” do texto originalmente publicado na Revista dos Industriários 18, dezembro de 1950.

BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *Sistema de seguridade social*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.

CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada*. O regime jurídico das entidades fechadas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2014*. Breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2014/notastecnicas.pdf>. Acesso em: 13 set. 2016.

IOPS – International Organization of Pension Supervisors. *IOPS working papers on effective pension supervision*, n. 22 – role of pension supervisory authorities in automatic enrolment, dez. 2014. Disponível em: <http://www.iopsweb.org/WP_22_Role-Pension-Supervisory-Authorities-Automatic-Enrolment%20.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.

NOGUEIRA, Rio. Filosofia do sistema previdencial supletivo – aspectos econômicos, financeiros e atuariais. *Revista de Previdência Social*, n. 5, 1º trimestre 1978.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Pension markets in focus – 2014*. Disponível em: <http://www.oecd.org>. Acesso em: 16 nov. 2015.

PERSIANI, Mattia. *Direito da previdência social*. 14. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PULINO, Daniel. *Previdência complementar*. Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas. São Paulo: Conceito, 2011.

STEWART, Fiona. *Providing incentives for long-term investment by pension funds – the use of outcome-based benchmarks*. Banco Mundial: Policy Research Working Paper 6885, maio 2014.

O termo inicial da licença-maternidade para mães de bebês prematuros de convivência familiar tardia e o artigo 207, § 2º, da Lei nº 8.112/1990

Raquel Cristina Rezende Silvestre

Procuradora da República. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: O direito constitucional à licença-maternidade destina-se não só à proteção da mãe biológica, mas sobretudo ao desenvolvimento socioafetivo do bebê e ao aprendizado dos papéis de pai, mãe e irmão, construindo-se, dessa forma, vínculos afetivos na família. Assim considerando, o termo inicial da licença-maternidade para mães de bebês prematuros que necessitam de longa internação hospitalar não pode ser o dia do parto, como dispõe a Lei nº 8.112/1990, mas, sim, o dia em que for concedida alta hospitalar e puder começar o convívio familiar. Até o dia da referida alta, à genitora deverá ser concedida licença para tratamento de saúde de familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Termo inicial. Licença-maternidade. Bebês prematuros. Servidoras federais. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The constitutional right of maternity leave is intended not only to protect the biological mother, but especially for the socio-affective development of the baby, the process of learning the roles of father, mother and brother, and building up the affective bonds in the family. So considering, the initial term for maternity leave for mothers of premature babies who require long hospital stay, cannot be the day of the birth, as does the Law 8.112/90, but rather the day it is granted hospital discharge. Until that day, the mother is entitled to use a sick leave for family care instead of maternity leave.

KEYWORDS: Initial term. Maternity leave. Premature babies. Federal employees. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Da configuração jurídica da licença à gestante na Constituição Federal e no serviço público federal. 2. Da configuração jurídica da licença à adotante no serviço público federal e a mutação constitucional. 3. De quem é o direito à licença-maternidade: da mãe ou da criança? 4. Da finalidade da licença-maternidade. 5. Do termo inicial da licença-maternidade para mães de bebês prematuros de convivência familiar tardia. 6. Conclusão. Bibliografia.

1. Configuração jurídica da licença à gestante na Constituição Federal e no serviço público federal

Licença à gestante é direito fundamental das trabalhadoras rurais e urbanas previsto no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal.¹ Trata-se de proteção à maternidade e à infância, que garante o emprego e o salário, durante o período de 120 dias.

No serviço público federal, o direito vem delimitado pelos artigos 207 da Lei nº 8.112/1990,² artigos 1º e 2º da Lei nº 11.770/2008³ e artigo 1º do Decreto nº

6.690/2008.⁴ Deles extrai-se que a licença à gestante tem o prazo de 120 (cento e vinte) dias prorrogáveis por mais 60 (sessenta) dias.

O termo inicial do prazo da licença para nascimentos prematuros, ou seja, aqueles que ocorrem antes da 37ª (trigésima sétima) semana de gestação, é, em razão do artigo 2º da Lei nº 11.770/2008, o do dia do parto.⁵

2. Da configuração jurídica da licença à adotante no serviço público federal e a mutação constitucional

A Lei nº 8.112/1990, em seu artigo 210, detalhado pelo Decreto nº 6.690/2008, em seu artigo 2º, § 3º, traz prazos diversos para a licença da adotante. A licença seria de 90 (noventa) dias, caso a criança adotada tivesse até 1 ano de idade. E de 30 (trinta) dias, caso a criança tivesse mais de 1 (um) ano de idade.

A melhor doutrina já cravava a inconstitucionalidade do referido dispositivo, em razão da irrazoável diferenciação entre mãe biológica e mãe adotante:

1 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;”.

2 “Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

§ 1º. A licença poderá ter início no primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica.

§ 2º. No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto”.

3 “Art. 1º. É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do *caput* do art. 7º da Constituição Federal

[...]

Art. 2º. É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.”

4 “Art. 1º. Fica instituído, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante”.

5 Nessa quadra, é de se notar que idêntica previsão existe no artigo 223, inciso III, letra “b”, da Lei Complementar nº 75/1993, que trata do regime jurídico do Ministério Público da União. E redação similar possui o artigo 392, § 3º, da CLT, nada obstante este não seja explícito quanto ao termo inicial.

O direito a igual tratamento e consideração garantido pela Constituição Cidadã ao filho adotivo, ao suprimir a reacionária diferenciação entre filiação e adoção, cuja proteção foi tão bem detalhada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente com as alterações promovidas pela Lei nº 12.010/2009, após séculos de tratamento legal estigmatizante, não deixa dúvidas quanto à inconstitucionalidade na previsão legal da licença-maternidade à adotante em período menor do que a mão dita “natural” e, por extensão, o direito de o filho adotivo gozar de menor período de convivência inicial com a sua mãe do que o filho biológico.⁶

A discussão sobre a constitucionalidade do referido artigo 210 chegou ao plenário do STF, em data de 10/03/2016, pelo RE 778.889/PE, no qual se pedia a equiparação entre os prazos de licença da gestante e da adotante.

A manifestação do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, no início do referido julgamento, em plenário, trouxe o tom da aversão atual à discriminação entre filhos:

Mãe é simplesmente mãe, não há que se falar em mãe biológica, mãe adotiva, mãe de outra categoria que se queira, é mãe! E, da mesma linha, filho é filho, não se pode distinguir filho biológico, filho adotivo, ou outra categoria que se queira. O que a Constituição busca é a proteção da família. [...] No entender do Ministério Público, gostaria de enfatizar esse aspecto, qualquer discriminação que se faça à família, ao conceito de mãe e ao conceito de filho será, ao ver do Ministério Público, uma discriminação constitucionalmente odiosa [...]⁷

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, durante o referido julgamento, reconheceram a mutação constitucional do termo “licença à gestante”, presente no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, para nele ler “licença-maternidade”, e, dessa forma, equiparar a adotante à gestante, aplicando um único regime jurídico a ambas:

[...] A minha tese, Ministro Marco Aurélio, respeitando a divergência, é que houve uma mutação constitucional e, portanto, a interpretação que se dava em 2000, que era a interpretação do Tribunal, ela correspondia à percepção dos fatos e do Direito à época. Eu considero que, dogmaticamente, mutação constitucional ocorre quando o Tribunal Constitucional muda um entendimento que já havia professado, por estas razões: mudou a realidade social ou mudou a compreensão de um determinado fenômeno.

[...]

De modo que a minha a proposta – e está no meu voto – é a de que, onde o artigo 7º da Constituição, VIII, fala em licença gestante com duração de 120 dias, produziu uma expressão subinclusiva; ela quer dizer licença maternidade – que, aí, valerá tanto para a gestante como para a adotante. [...]⁸

E, assim, restou reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 210 da Lei nº 8.112/1990, em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA- GESTANTE.

6 AMARAL, Carolline Scofield. Inconstitucionalidade da licença-maternidade remunerada em períodos escalonados devidos à mãe adotante e o direito constitucional à igual proteção devido ao filho adotivo. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. IOB: São Paulo, ano XXIII, v. 23, n. 276, jun. 2012, p. 99.

7 Manifestação oral do Procurador Geral da República,

durante julgamento do RE 778.889/PE no STF. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=a4Q92KOWYbU>> aos 9:46 a 10:46. Acesso em: 04 set. 2016.

8 Trecho da manifestação proferida pelo Ministro Relator Roberto Barroso, no RE 778.889/PE, STF, Pleno, j. 10/03/2016, DJe 29/07/2016.

1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.

2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas.

5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do

alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF.

6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008.

7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante.

8. Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.⁹

O termo inicial da licença-maternidade para mães adotantes, considerado o regime regulado pela Lei nº 8.112/1990, é o da efetiva adoção, portanto. E o prazo é de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis por mais 60 (sessenta).

Do termo inicial, conveniente é ressaltar, que o STF não considerou o prazo do estágio de convivência, artigo 46 do ECA,¹⁰ na

9 STF, RE 778.889/PE, Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 10/03/2016, DJe 29/07/2016.

10 “Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º. O estágio de convivência *poderá* ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 2º. A simples guarda de fato *não autoriza*, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

§ 3º. Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

§ 4º. O estágio de convivência *será acompanhado* pela

contagem da licença-maternidade. De fato, sob a supervisão do Estado, não há possibilidade de se construir vínculos familiares. Ou seja, o prazo da licença-maternidade à adotante servidora federal começa no exato instante em que a criança adotada passa ao convívio da nova família, descartado o tempo de estágio de convivência.

Esse passo já o havia dado, em 2002, o legislador infraconstitucional, ao alterar a CLT e, em seu artigo 392-A, equiparar a adotante à gestante, para fins de licença-maternidade, bem como descartar o período do estágio de convivência, considerando o termo inicial do exercício do direito o dia do ato jurídico solene da adoção: efetivo convívio familiar.



3. De quem é o direito à licença-maternidade: da mãe ou da criança?

Responde à pergunta do capítulo o próprio STF, no RE 778.889/PE, com repercussão geral reconhecida: direito da criança e da mãe. Com ressalva, no entanto, do Ministro Luiz Fux, para quem:

equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida". (destaques nossos)

[...] Eu também compreendo que essa questão gravitante em torno desse belíssimo voto, como sempre soem ser os votos do Ministro Luís Roberto Barroso, diz muito *mais respeito a um direito do filho do que ao direito da mãe*. Quer dizer: a licença denomina-se de maternidade – e agora nós já vimos que tem uma licença-paternidade –, mas, na gênese, está a necessidade exatamente de decurso de um tempo para melhor adaptação daquela criança à família. [...].¹¹

Acrescentará a psicanálise à decisão judicial, como logo no tópico abaixo se demonstrará: é também direito da família.

Atende aos interesses da mãe biológica, já que a gestação é período de intensa mudança física, e o parto é um processo, seja cirúrgico ou não, de imenso desgaste. Por essa razão, mesmo tendo nascido morto o bebê, ou ocorrendo aborto, fará jus à licença por 30 (trinta) dias.

Ademais, serve à proteção de gênero, ao garantir que o tempo longe do mercado de trabalho, não traga prejuízo à mulher (mãe biológica ou não) trabalhadora.

Serve à criança que desembarca em um mundo completamente desconhecido e diverso do que estava acostumada, no útero materno, necessitando de cuidados intensos e vitais.

Assiste a família, natural ou adotiva, que durante a referida licença, aprende os papéis de pai, mãe e irmão, como se detalhará abaixo.

4. Da finalidade da licença-maternidade

Vínculo de sangue não é vínculo afetivo. É o convívio em família que propicia a formação dos papéis de pai, mãe e irmão.

¹¹ STF, RE 778.889/PE, Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 10/03/2016, DJe 29/07/2016, destaques nossos.

E, para a família adotiva, vale o mesmo. É o efetivo convívio que fará o vínculo afetivo nascer e não contatos esporádicos. Por isso, tanto o legislador ordinário quanto o STF, como acima visto, descartam o estágio previsto no artigo 46 do ECA para o início da licença-maternidade concedida à mãe adotiva.

Nesse aprendizado de convívio, o tempo e presença da mãe, seja adotante ou biológica, são essenciais, sobretudo, no aprendizado e formação de vínculo com os demais irmãos e pai.

[...]

7. Construção do vínculo de filiação com atropelamento de etapas – No imaginário da nossa cultura, o tipo de vínculo entre pais e filhos deveria ser aquele que nem o tempo, nem a distância, nem as dificuldades seriam capazes de destruir. Contudo, nem sempre isso acontece. O vínculo de sangue não produz necessariamente o vínculo afetivo e a filiação pode se dar independentemente do primeiro, pois está mais relacionada à disponibilidade e à dedicação do pai/mãe pelo filho(a) do que pela biologia compartilhada. Um vínculo forte, um laço como esse também não se constrói do dia para noite, inclusive entre pais e filhos biológicos. É necessário investimento afetivo, paciência, renúncia, dedicação para se construir uma relação de pai-filho. Pais e filhos negociam suas diferenças diariamente e a cada etapa e nova fase de vida (1ª e 2ª infância, adolescência, juventude, etc). Dá trabalho educar, não pense que é diferente nas famílias com laços biológicos. Na adoção tardia, o que ocorre é que muitas vezes os problemas surgem e/ou se intensificam enquanto o vínculo entre pais e filhos ainda se encontra bastante vulnerável, em construção. Somam-se as dúvidas e incertezas de ser pai e mãe às dificuldades iniciais de adaptação e o pouco conhecimento mútuo. Para a criança também não é fácil, ela vem de um ambiente e uma socialização totalmente diferente e, muitas vezes, não elaborou suficientemente a dor

de ter sido abandonada, abusada e/ou entregue para adoção. Estes processos todos ocorrem conjuntamente e nem sempre é fácil ou indolor passar por eles. Mas lembre-se a cada etapa superada, o vínculo será mais forte e gratificante.

[...]¹²

Mais sobre construção do vínculo:

[...]

A construção de um novo vínculo afetivo-parental para uma criança adotiva não se dá instantaneamente. É algo que demanda tempo, paciência, disponibilidade, investimento e, sobretudo, amor. Não é um ato, é um processo. Não é um passo, é uma caminhada. Uma nova história de pertencimento e de amor começa a ser construída em um ambiente cercado de afetividade, proteção e carinho. Quanto maior for o tempo e a qualidade da atenção dispensada pelos pais adotivos aos seus filhos, maior será a possibilidade de as crianças reescreverem sua história afetiva, superarem os sentimentos de menos valia e abandono e aderirem ao processo de construção e sedimentação de vínculos, com todos os benefícios e proteção resultantes disso.

[...]¹³

Ainda:

Construção de Vínculos Parentais

Os vínculos parentais não são determinados geneticamente, mas construídos no dia a dia mediante entrega, cuidado, proteção e afeto.

Ser pai ou ser mãe são funções desempenhadas por quem foi tomado pelo desejo de criar uma história de amor especial em relação a um ser caracte-

12 CAMPOS, Niva Maria Vasques. Adoção tardia – características do estágio de convivência. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadãos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/adocao-tardia/view>>. Acesso em: 01 maio 2016.

13 SOUSA, Walter Gomes de. Licença para adotantes: além de direito, uma necessidade. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadãos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/licenca-para-adotantes-alem-de-direito-uma-necessidade/view>>. Acesso em: 01 maio 2016.

rizado pela dependência de cuidados protetivos e supridores. Não basta apenas a contribuição biológica para ser tornar pai ou mãe, é indispensável que haja a construção dos papéis por meio da entrega, da devoção, do afeto e da responsabilidade. Não se pode falar em existência de parentalidade sem que os vínculos do amor incondicional estejam sobejamente estabelecidos.

Fazemos parte de um contexto sociocultural que procura sacralizar os laços de consanguinidade mesmo que estejam esvaziados do sentimento de cuidado e apreço pelo outro. Para muitos, se existe a comprovação de que os laços genéticos estão presentes, a existência da família está configurada e materializada. Ou seja, para essas pessoas, os laços de sangue são, por si sós, suficientes para garantir aos indivíduos o sentimento de pertencimento parental e felicidade familiar.

Essa concepção me parece linear e reducionista e não resiste a uma análise mais cuidadosa e contextualizada, sobretudo quando se verifica, em escala mundial, um crescente esfacelamento do dito modelo tradicional de família em razão das crescentes e vertiginosas taxas de violência doméstica, negligências, omissões e toda sorte de violação de direitos infantojuvenis perpetrados por adultos que, em tese, teriam a sagrada missão de proteger, suprir e amar. O mais grave é saber que toda essa barbárie tendo como cenário o “ambiente familiar” e as maiores vítimas são crianças e adolescentes em complexa fase de desenvolvimento, que demandam especiais e ternos cuidados e necessitam de cativantes modelos de saudável cidadania e boa civilidade.

Não se pode simplesmente acreditar que a mera consanguinidade resultará no estabelecimento automático das funções e prerrogativas parentais sem qualquer esforço ou investimento das pessoas. O tornar-se pai ou mãe surge por meio de uma entrega contínua e ininterrupta em forma de dedicação, presença, diálogo, escuta atenta, renúncia, exercício adequado da autoridade, responsabilidade e disponibilidade afetiva.

[...]

Pai e mãe não nascem prontos; são esculpido no dia a dia em meio às diversificadas circunstâncias que tangenciam a caminhada humana. Esse processo nunca se encerra, mas se renova continuamente, pois a possibilidade de novas aprendizagens e aperfeiçoamentos não se esgota no transcorrer da vida. A cada dia, podemos nos tornar pessoas melhores em cada dimensão da existência: como cidadão, como pai ou mãe, como filho, como trabalhador, como ser religioso, como membro da natureza. Que sejamos, hoje, melhores do que fomos ontem! Que os vínculos que estamos construindo com nossos filhos sejam capazes de protegê-los.¹⁴

Até mesmo a mãe precisa aprender seu papel. Curioso é que supomos todos que mãe sabe exercer o seu papel, desde o momento em que o bebê lhe vem aos braços. Não passa de ideia fantasiosa que cultivamos todos, talvez pelo afeto que nutrimos pelas nossas próprias mães a nos guiar o conceito e projetá-lo em cada uma das mães que vemos.

Eslarecedora, nesse ponto, é a tese de doutorado de Vera Iaconelli:

No documentário *Bebés du Monde* (2000) vemos um parto numa aldeia nepalense, cujos hábitos seculares têm sido preservados. Nessa incrível cena, alguns aspectos nos chamam mais atenção, entre outros a grotesca falta de higiene, o que nos remete aos avanços da medicina na diminuição da mortalidade materno-infantil, a serenidade da parturiente em pleno período expulsivo do parto, o que é surpreendente se comparado ao imaginário da mulher contemporânea, assombrada pela ideia da dor de parir [...]

¹⁴ SOUSA, Walter Gomes de. Construção de vínculos parentais. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/construcao-de-vinculos-parentais/view>>. Acesso em: 01 maio 2016.

A facilidade que a mulher demonstra, ao lidar com a tarefa maternal, decorre de uma aprendizagem subliminar a que os membros dessa cultura são expostos desde a infância, mas pode nos dar falsa impressão, quando vista de fora, de que se trata de uma mãe natural, em contrapartida à mãe desnaturada ocidental [...] As competências inatas dos humanos e seus filhotes (ODENT, 2002; MONTAGU, 1988; GUEDENEY, 1999) se retroalimentam da aprendizagem e não são suficientes para constituir uma mãe. [...]

O confinamento para gestar e parir, a exclusividade no aleitamento e a dependência dos outros para poder sobreviver, enquanto cuida dos filhos, são condições que têm sido drasticamente modificadas em pouquíssimo tempo. A mulher, na atualidade, encontra-se comumente privada da experiência de cuidar de bebês e, por vezes, vive com seu filho o primeiro contato direto com um bebê. Situação impensável até pouquíssimos anos, vem sendo uma constante em grandes centros urbanos.

E é à medida que o grupo social vai perdendo sua transmissão de hábitos e conhecimento, que a falta de um suposto saber materno advindo da natureza torna-se mais visível. A transmissão geracional se perde, revelando a fragilidade da ideia de instinto materno autônomo. A história testemunha a precariedade dessa ideia diante das questões socioambientais.

[...]¹⁵

À mãe, mulher que é, a licença também tem a finalidade de permitir sua manutenção no mercado de trabalho e manter sua dignidade, ao tempo em que lhe permite realizar seus objetivos, ter escolhas, sem precisar delas abrir mão em prol da maternidade.

[...] 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. [...]¹⁶

Atende, de igual sorte, à recuperação física da mãe biológica que sofreu o as consequências do parto.

Ao bebê, a licença permite a atenção da mãe, cuidados essenciais à sua sobrevivência e afeto. Propicia, ainda, a correta formação de seu cérebro:

[...]

Situações de estresse crônico, presentes no caso de cuidados gravemente inadequados da criança ou de *privação materna*, podem causar, através da elevação do nível de cortisol sanguíneo, atrofia do hipocampo, estrutura responsável pelas memórias contextualizadas no tempo e no espaço. A impossibilidade de contextualização de memórias emocionais desencadeadas em níveis mais baixos do sistema (principalmente na amígdala) pode impedir a modulação cortical dos estados afetivos, contribuindo para a gênese de transtornos de ansiedade, transtornos de estresse e de algumas formas de depressão.

[...]¹⁷

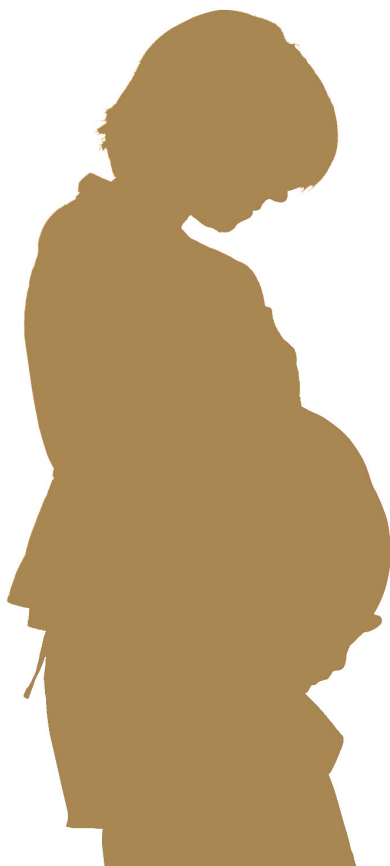
Nunca demais lembrar que a única qualificação como prioridade absoluta feita pelo constituinte originário é a proteção à criança, ao adolescente e ao jovem:

15 IACONELLI, Vera. *Mal-estar na maternidade: do infanticídio à função materna*. 2013. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-07052013-102844/>>. Acesso em: 01 maio 2016.

16 STF, RE 778.889/PE, Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 10/03/2016, DJe 29/07/2016.

17 ALMEIDA, Roberto Santoro. Afetividade e desenvolvimento. *Revista de Pediatria SOPERJ*, 2011, 12 (Supl. 1), (1): 21-27. Disponível em: <revistadepediatriasoperj.org.br/Novo/revista/detalhe_artigo.asp?id=554>. Acesso em: 01 maio 2016, destaques nossos.

Art. 227 da CF. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à *saúde*, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à *convivência familiar* e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (destaques nossos)



5. Do termo inicial da licença-maternidade para mães de bebês prematuros de convivência familiar tardia

Vimos que a legislação federal estabelece como termo inicial da licença-maternidade para nascimentos prematuros o dia do

parto (art. 207, § 2º, da Lei nº 8.112/1990).¹⁸

Reiterando, para a melhor compreensão do texto, prematuro é o parto que ocorre antes da 37ª semana de gestação.

Ocorre que, não raras vezes, o bebê prematuro sai do parto diretamente para a unidade intensiva de tratamento. E, por lá, passa semanas, por vezes meses, longe da mãe, do pai e dos irmãos. Ou, com melhor sorte, tem pequenos e esporádicos contatos apenas com a genitora.

Considerando tal quadro médico, se a criança passar, por exemplo, 4 (quatro) meses internada em tratamento intensivo e, só então, receber alta, a aplicação direta da Lei nº 8.112/1990, sem nenhum filtro de análise de constitucionalidade, fará com que, de licença-maternidade cumpridora de todas as finalidades acima descritas, só usufrua 2 (dois) meses.

Nesse contexto, é curioso notar que o STF reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 210 da Lei nº 8.112/1990, para equipar o filho adotado ao filho biológico, concedendo a ambos o prazo de 120 prorrogáveis por mais 60. E isso uma conquista histórica.

Muito pouco, no entanto, até o presente momento, foi feito para evitar a discriminação irrazoável entre filhos biológicos. Ora, aquele que nasce saudável e deixa o hospital logo após o parto, terá 180 (cento e oitenta) dias de atenção materna, para criar vínculos afetivos, desenvolver regularmente seu cérebro e se integrar à família. A licença-maternidade, portanto, terá cumprido suas finalidades.

O que nasceu fragilizado, no entanto, se a licença começar, como dispõe o artigo 207 da Lei nº 8.112/1990, a ser contada do parto, terá apenas o que dela restar quando puder deixar o hospital. O que resta, quando resta, é insuficiente, para que o direito à licença-maternidade atinja sua finalidade de proteção à família e correto desenvolvimento da criança, sobretudo se a ótica for a isonomia entre filhos.

¹⁸ De igual sorte ocorre na Lei Complementar nº 75/1993 e CLT.

A injustiça ao avesso. Hoje, filho adotivo, em se tratando de licença-maternidade, tem direito maior que o filho biológico prematuro de convivência familiar tardia. Há de haver uma correção.

A correção, enquanto não houver uma interpretação conforme a Constituição Federal do dito artigo feita pelo STF, poderá vir de duas maneiras. A primeira, é a condenação da União, ou ente federal, em obrigação de fazer, para considerar os meses nos quais o bebê prematuro permanece internado como licença para tratamento de saúde de familiar (art. 83 da Lei nº 8.112/1990) e, só após o bebê receber alta hospitalar, retomar a contagem da licença-maternidade. Sendo descartado esse período de internação, tal como o foi o período de convívio da adoção (art. 46 do ECA), do prazo total da licença-maternidade.

Licença-maternidade e licença para tratamento de saúde de familiar são benefícios legais, não excludentes e perfeitamente compatíveis.

Assim, haverá isonomia e a correta proteção à infância determinada pela Constituição Federal, em seu artigo 227.

A segunda forma, a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 207, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, por violação do artigo 227 da Constituição Federal, nos casos de bebês de convívio familiar tardio, somente permitindo a contagem do prazo da licença maternidade após o início do efetivo convívio familiar.

É o que, aliás, já se encontra na jurisprudência:

RELATÓRIO Julgado em Inspeção. A parte Ré interpõe o presente recurso em medida cautelar visando a integral reforma da decisão de primeiro grau que deferiu o pedido de tutela antecipada formulado pela parte. O feito trata de pedido de alteração da data de início da licença maternidade para a data de alta hospitalar do filho prematuro, con-

siderado o tempo de internação como licença por motivo de doença em pessoa da família. [...]. Em sentido análogo já decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que determinou fosse considerada como licença médica para tratamento de saúde o período que antecedeu ao nascimento do filho, afastando a hipótese de antecipação da licença gestante, nos seguintes termos: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICENÇA MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO DE PRAZO”. [...] Se o fundamento da licença maternidade é o cuidado a ser dispensado ao recém-nascido, da mesma forma é de se concluir que tal cuidado seja efetivado em casa, com a criança em estado normal de saúde. Entendo seja a situação da internação por período dilargado de tempo (dois meses) circunstância excepcional que dá ensejo à concessão de outra licença que, penso eu, não seja cumulável com aquela decorrente do nascimento de um filho. [...] MANTENHO a decisão antecipatória impugnada por seus próprios fundamentos. III ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos eletrônicos, em que são partes as acima indicadas, decide a Oitava Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Terceira Região - Seção Judiciária de São Paulo, por unanimidade, negar provimento, nos termos do voto do Relator. Participaram do julgamento os Senhores Juizes Federais Márcio Rached Millani, Ricardo Geraldo Rezende Silveira e Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira. São Paulo, 13 de maio de 2015 (data do julgamento).¹⁹

De igual teor as decisões proferidas nos autos nº 0007873-12.2016.4.01.3400, 27ª Vara Federal do TRF da 1ª Região, e autos nº 0069874-67.2015.4.01.3400, 14ª Vara Federal, também do TRF da 1ª Região.

19 Processo 0000478-94.2015.4.03.9301, 8ª Turma Recursal de São Paulo, Juiz Federal Ricardo Geraldo Rezende Silveira, e-DJF3 25/05/2015, termo nº 9301060734/2015.

Alinhavo, por fim, a existência de proposta de Emenda Constitucional já aprovada no Senado e que tramita na Câmara dos Deputados sob o número 181/2015, dando a seguinte redação ao inciso XVIII do artigo 7º da Constituição Federal:

Art. 7º. [...]

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias, estendendo-se a licença-maternidade, em caso de nascimento prematuro, à quantidade de dias de internação do recém-nascido, não podendo a licença exceder a duzentos e quarenta dias.

6. Conclusão

O termo inicial para a licença-maternidade de bebês prematuros de

convivência familiar tardia é o da data em que o recém-nascido puder ser levado para casa e iniciar o convívio familiar.

A contagem legal que estipula a data do parto como início da licença-maternidade para bebês de convivência familiar tardia é incompatível com a ordem constitucional, porque impede que o direito atinja a finalidade a que se propõe, violando flagrantemente a isonomia entre filhos biológicos e a proteção prioritária à saúde da criança, tal qual prevista no artigo 227 da Constituição Federal.

O período em que a mãe acompanha a criança prematura no hospital deve ser considerado licença para tratamento de saúde de familiar (art. 83 da Lei nº 8.112/1990).

Essa é a única forma de conferir isonomia entre filhos biológicos e garantir real acesso à integração familiar.

Bibliografia

AMARAL, Carolline Scofield. Inconstitucionalidade da licença-maternidade remunerada em períodos escalonados devidos à mãe adotante e o direito constitucional à igual proteção devido ao filho adotivo. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. IOB: São Paulo, ano XXIII, v. 23, n. 276, jun. 2012.

CAMPOS, Niva Maria Vasques. Adoção tardia – características do estágio de convivência. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/adocao-tardia/view>>. Acesso em: 01 maio 2016.

IACONELLI, Vera. *Mal-estar na maternidade: do infanticídio à função materna*. 2013. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-07052013-102844/>>. Acesso em: 01 maio 2016.

ALMEIDA, Roberto Santoro. Afetividade e desenvolvimento. *Revista de Pediatria SOPERJ*, 2011, 12 (Suppl. 1), (1): 21-27. Disponível em: <revista-depediatriasoperj.org.br/Novo/revista/detalhe_artigo.asp?id=554>. Acesso em: 01 maio 2016.

SOUSA, Walter Gomes de. Construção de vínculos parentais. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/construcao-de-vinculos-parentais/view>>. Acesso em: 01 maio 2016.

_____. Licença para adotantes: além de direito, uma necessidade. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/licenca-para-adotantes-alem-de-direito-uma-necessidade/view>>. Acesso em: 01 maio 2016.

Direito de Autor em perspectiva histórica: da Idade Média ao reconhecimento dos direitos da personalidade do autor

Leonardo Estevam de Assis Zanini



Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela USP (2013), com estágio de doutorado na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP (2010). Bacharel em Direito pela USP (2000). Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade de Araraquara (UNIARA). Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais, Direito do Consumidor e Direito Ambiental. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal (2002-2005). Foi Procurador do Banco Central do Brasil (2002). Foi Defensor Público Federal (2002). Foi Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Foi Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

RESUMO: O artigo aborda os aspectos históricos mais relevantes do Direito de Autor. Inicia as investigações na Idade Média e Moderna, cuidando da invenção da imprensa de tipos móveis, do regime dos privilégios, bem como do sistema de censura criado pelos Estados para o controle da publicação das obras. Trata do fim dos privilégios na Inglaterra e do surgimento do sistema do *copyright* em 1710, com a entrada em vigor do Estatuto da Rainha Ana. Examina a propriedade literária, artística e científica, cujo fundamento remonta aos decretos revolucionários franceses de 1791 e 1793 e marca a aparição do moderno sistema de Direito de Autor. Por fim, o estudo investiga a construção dos direitos morais do autor pela jurisprudência francesa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Autor; direitos da personalidade; direitos intelectuais; direitos morais do autor; sistema dos privilégios; Estatuto da Rainha Ana; *common law*; censura; direito de paternidade; direito de divulgação; direito à integridade; propriedade literária, artística e científica.

ABSTRACT: The article discusses the most relevant historical aspects of the copyright. The investigations begin in the Middle and Modern Ages, taking care of the invention of printing, the regime of privileges, as well as the censorship system created by the states to control the literacy works. The paper makes a study about the end of privileges in England and the emergence of the copyright system in 1710, with the entry into force of the Statute of Queen Anne. It examines the literary, artistic and scientific property, which emerged in France with the revolutionary laws of the years 1791 and 1793. Finally, it investigates the construction of the moral rights of the author by the French courts.

KEYWORDS: Copyright; rights of personality; intellectual rights; moral rights; privileges system; Statute of Queen Anne; common law; censorship; right of paternity; right to publish; right of integrity; literary, artistic and scientific property.

SUMÁRIO: 1.1. Introdução. 1.2. Da Idade Média ao sistema dos privilégios. 1.2.1. Da Idade Média à invenção da imprensa. 1.2.2. A imprensa de tipos móveis. 1.2.3. Os primeiros privilégios de que se tem notícia. 1.2.4. O regime de privilégios. 1.2.5. A simbiose entre a censura e o regime dos privilégios. 1.3. Os primeiros passos rumo ao sistema do Direito de Autor. 1.4. O Estatuto da Rainha Ana e o nascimento do sistema do *copyright*. 1.5. O surgimento da noção de propriedade literária, artística e científica. 1.6. Os decretos revolucionários franceses de 1791 e 1793. 1.7. O reconhecimento dos direitos morais do autor pelos tribunais franceses. 1.8. Os direitos morais do autor na doutrina francesa do século XIX. 1.9. Considerações finais. Bibliografia.

1.1 Introdução

A previsão jurídica sistematizada dos direitos do autor é algo bastante recente na civilização ocidental. A despeito disso, não se pode dizer que a tutela das criações intelectuais, na história do Direito, foi simplesmente ignorada, passando a ser regulamentada apenas a partir dos decretos revolucionários franceses de 1791 e 1793.

Como se sabe, a arte e a literatura eram inicialmente reproduzidas apenas de forma manual, o que em muito limitava a atividade cultural, já que seu custo era altíssimo e o montante produzido bastante reduzido. Os livros, nesse contexto, eram reproduzidos em forma manuscrita e ainda enfrentavam a problemática da escassez de pessoas alfabetizadas em condições de adquiri-los. Tudo

isso conduzia à inexistência de um interesse jurídico específico a protegê-lo.¹

Contudo, ainda que de forma incipiente, se comparamos com nossa realidade, há inúmeros registros históricos da proteção do autor em épocas bastante remotas. Assim, pode-se dizer que sempre foi reconhecida alguma forma de proteção aos autores, ainda que meramente moral, sem apoio em normas jurídicas.

Isso se explica justamente pelo fato de que as necessidades socioeconômicas nem sempre demandaram que a tutela do autor viesse prevista na legislação.² No mais das vezes bastava a utilização de outras fontes do Direito, como os costumes.

1 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 29.

2 *Ibidem*, p. 29.

Por isso, para uma melhor compreensão da necessidade de proteção das criações intelectuais, trataremos, no presente trabalho, da evolução histórica do Direito de Autor. Iniciaremos nossos estudos na Idade Média, passando pela Era Moderna e encerraremos no final do século XIX, com o reconhecimento dos direitos morais do autor e a inauguração da era das grandes convenções internacionais de Direito de Autor.³

1.2. Da Idade Média ao sistema dos privilégios

1.2.1. Da Idade Média à invenção da imprensa

Com a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., a Europa mergulhou nas sombras da Idade Média. O comércio de livros entrou em declínio, mesmo porque muitos escritos antigos foram perdidos com as invasões bárbaras, enquanto que outros caíram no esquecimento. Ao mesmo tempo, com a ascensão do Cristianismo, artistas, estudiosos e leitores passaram a se dedicar, cada vez mais, aos temas cristãos.⁴

Nesse contexto, coube aos monastérios o trabalho de preservar a cultura existente, reproduzindo os manuscritos, especialmente os escritos clássicos e os trabalhos de cunho religioso, que certamente não teriam chegado até nós sem o dedicado e artístico labor dos monges medievais.⁵

Entretanto, nesse período não se dava à criação o mesmo significado que lhe damos hoje. Os eruditos medievais eram indiferentes em relação à identidade dos autores de obras literárias, visto que se entendia que o autor não estava autorizado a criar, mas apenas expressava a voz de Deus. A autoria aparecia então puramente como um gesto de inscrição e não como forma de expressão.⁶

Assim sendo, muitos autores medievais acabaram permanecendo no anonimato,⁷ dado que as pessoas não estavam preocupadas, pelo menos até o início do século XVI, “em verificar a identidade exata do autor de um livro que estavam lendo ou citando, pois isto não era uma questão importante”.⁸

Outrossim, como a elaboração e a reprodução da obra normalmente ocorria no interior do monastério, por óbvio, ainda mais difícil se tornava o conhecimento da autoria,⁹ uma vez que o acesso aos monastérios não era livre. Ademais, diante da posição assumida pelos monges em relação às obras, eram muito comuns acréscimos e alterações dos textos, em total afronta à integridade do trabalho.¹⁰

Aliás, vale aqui notar que os poucos autores do período, diante do desrespeito e da ausência de proteção jurídica, chegavam

3 Cuidamos do desenvolvimento do Direito de Autor após a Convenção de Berna em outra publicação, à qual remetemos o leitor: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de *copyright*. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leonardo_zanini.html>. Acesso em: 10 jan. 2013.

4 SOUZA, Allan Rocha de. *A construção social dos direitos autorais*: primeira parte. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

5 MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*: repensando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23.

6 CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa*: na economia da informação em rede. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 37. O mesmo ensinamento é expresso por Rehbinder, o qual aduz que a ideia já existente na Antiguidade acerca dos criadores foi reinterpretada pelo cristianismo, que viu na atividade meramente uma forma de mediação entre Deus e os homens, deixando então a personalidade do autor esquecida no anonimato (REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 8).

7 SCHACK, Haimo. *Urheber-und Urhebervertragsrecht*. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 52.

8 CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa*: na economia da informação em rede. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 41-42.

9 SOUZA, Allan Rocha de. *A construção social dos direitos autorais*: primeira parte. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

10 MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*: repensando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23.

mesmo a apelar para maldições e pragas. Esse é o caso, por exemplo, do Espelho da Saxônia (*Sachsenspiegel*), um compêndio jurídico escrito por Eike Von Repgow em 1230, no qual o autor, em sua introdução, deseja lepra e inferno àqueles que alterarem o seu trabalho, o que se convencionou chamar de maldição do livro (*Buchfluch*).¹¹

Com efeito, diante de todos esses percalços, ausente a individualização da obra, ficava também prejudicado o surgimento e desenvolvimento do Direito de Autor, mesmo porque a proteção jurídica, nesse período, estava ligada tão somente à propriedade do original.

A situação permaneceu inalterada por cerca de mil anos, até o final da Idade Média, quando as cidades começaram a florescer, as universidades foram criadas e sucessivas elevações populacionais levaram ao crescimento do número de pessoas alfabetizadas em condições de adquirir livros, ampliando a demanda pelo trabalho dos reprodutores de livros.¹²

Com a demanda crescente, a produção e reprodução de livros pelo método manuscrito, que vinha sendo utilizado há vinte séculos (do século V a.C. ao XV d.C), já não estava mais atendendo ao mercado. Em boa hora surgiu então uma nova tecnologia, a imprensa de tipos móveis.

1.2.2. A imprensa de tipos móveis

A imprensa de tipos móveis foi inventada por Hans Gutenberg em meados do século XV. Revolucionou os métodos existentes à época, permitindo “a produção e reprodução de livros em grandes quantidades e a baixos custos”. Também criou a oportunidade para que o individualismo e a autoexpressão se

manifestassem na sociedade.¹³

Para se ter uma ideia da revolução trazida pela imprensa, estima-se que antes de sua invenção existiam cerca de 30 mil livros em toda Europa,¹⁴ enquanto que em 1500 já circulavam 13 milhões de livros, sendo que aproximadamente 2 milhões deles foram produzidos somente em Veneza.¹⁵

Acrescente-se a isso o fato de que “os textos impressos são muito mais fáceis de ler do que os manuscritos”, permitindo “uma leitura rápida e silenciosa e propiciando uma diferente relação entre autor e leitor, bem como diferentes estilos de escrita”.¹⁶

A impressão possibilitou ainda a criação de textos que não se modificavam ou alteravam a cada reprodução, já que não havia mais a interferência dos escribas, que normalmente desrespeitavam a integridade das obras no processo de elaboração das cópias manuscritas.¹⁷

Tudo isso levou a uma profunda mudança na forma de ver a obra e seu autor. Antes da imprensa a produção de um texto não tinha como fim precípuo o lucro, mas o que o autor buscava era “glória”, tanto que vivia em regime de mecenato. Com a nova invenção, além de fama, também foram pro-

11 REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 8.

12 SOUZA, Allan Rocha de. *A construção social dos direitos autorais*: primeira parte. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

13 CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa*: na economia da informação em rede. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 38.

14 TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral*: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 3.

15 BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *A social history of the media*: from Gutenberg to the internet. 2. ed. Cambridge: Cambridge, 2005, p. 13.

16 CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa*: na economia da informação em rede. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 45. Nesse sentido também pondera Eduardo Lycurgo Leite: “cada escriba possuía uma grafia diferente, o que limitava ainda mais o acesso às obras intelectuais, pois, se raros eram os indivíduos que conheciam o alfabeto e dominavam as técnicas de leitura, ainda mais raros eram os indivíduos que conheciam ou tinham conhecimento suficiente para distinguir dois ou mais tipos de grafia” (LEITE, Eduardo Lycurgo. *Plágio e outros estudos em direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 118).

17 LEITE, Eduardo Lycurgo. *Plágio e outros estudos em direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 123.



porcionados ao autor dinheiro e lucro, criando um novo mercado, com enorme potencial econômico.¹⁸

Todavia, se por um lado a invenção da imprensa possibilitou a reprodução de livros em escala infinitamente superior àquela alcançada pelo método manuscrito e criou um novo mercado, por outro lado era necessário um grande investimento de capital nessa nova indústria, que demandava equipamentos de impressão e materiais muito caros. A nova atividade era bastante arriscada e a recuperação dos gastos com a venda de livros era lenta e aleatória. Além disso, a inexistência de regulamentação deu espaço ao surgimento de edições abusivas.¹⁹

O controle sobre a reprodução da obra, que até então se dava pela posse do manuscrito original, foi perdido, visto que os possuidores de uma cópia impressa podiam, sem grandes dificuldades, reproduzi-la.²⁰ Por isso, pode-se dizer que a facilidade de disseminação das obras também provocou o aumento de incidência do plágio e da contrafação.

Nessa situação, perdia o impressor original o dinheiro investido na criação e processamento do texto, montante esse que não era despendido em caso de reimpressão do trabalho por terceiro, o que tornava bas-

tante lucrativa a atividade daquele que simplesmente pegava a obra já editada e a reimprimia.²¹

Por conseguinte, os impressores passaram a clamar por medidas para garantir seus investimentos contra a concorrência de edições abusivas, pedindo aos governantes a concessão de privilégios de impressão. Daí o reconhecimento, no final do século XV, da necessidade de proteção dos trabalhos escritos publicados, o que inicialmente se deu pelo regime dos privilégios.²²

1.2.3. Os primeiros privilégios de que se tem notícia

A invenção da imprensa levou ao surgimento dos privilégios, que eram concedidos pelos monarcas aos editores e garantiam a exploração econômica de determinada obra por certo período. Para tanto, não eram levados em conta os interesses dos autores, mas tão somente as necessidades daqueles que exercitavam uma atividade econômica, isto é, os impressores.²³ Tais privilégios indicavam ainda a existência, no que diz respeito às obras literárias, artísticas e científicas, de uma atividade comercial bastante intensa.²⁴

O primeiro privilégio de impressão foi concedido pela República Sereníssima de Veneza, em 1469, a um alemão de nome Johannes von Speyer, pelo prazo de 5 anos, para a edição das cartas de Cícero e Plínio. Contudo, tal privilégio foi extinto depois de um ano, com a morte prematura de Speyer, não tendo sido renovado a outro impressor.²⁵

18 MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

19 COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008, p. 54.

20 *Ibidem*, p. 54.

21 GERMAN, Stanislav. *Das Urheberrecht und seine Entwicklung*. München: GRIN, 2009, p. 1.

22 *Ibidem*, p. 1-2.

23 ALGARDI, Zara Olivia. *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*. Padova: CEDAM, 1978, p. 5.

24 FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 66.

25 GERMAN, Stanislav. *Das Urheberrecht und seine*

Ao lado dos privilégios de impressão, em 1486, teria surgido em Veneza o primeiro privilégio autoral, concedido ao historiador Marcus Antonius Sabellicus, para a publicação da sua obra “História da cidade de Veneza”, o que configurou uma exceção e permitiu ao autor a escolha do editor.²⁶ Podemos ainda destacar outros privilégios concedidos diretamente ao autor, como o privilégio outorgado em Milão, no ano de 1488, a Bettin da Trezzo, e o concedido em Padova, no ano de 1592, a Pier Francesco da Ravenna.²⁷

O modelo italiano expandiu-se rapidamente, sendo adotado por muitos países europeus no século XIV. Seja como for, é indiscutível que o objetivo desse sistema não era propriamente a defesa do trabalho literário, mas sim a proteção dos editores e dos processos de impressão.²⁸

1.2.4. O regime dos privilégios

Inicialmente, a necessidade de regular o direito de reprodução das obras surgiu sob a forma do regime dos privilégios, que inaugurou uma nova fase do direito, conhecida como “ciclo dos monopólios”.²⁹

Os privilégios estabeleciam um monopólio de exploração em favor de livreiros e impressores, normalmente por tempo determinado. Eram concedidos pelo governante e comumente objetivavam a gratificação de determinada pessoa em função de um trabalho ou ato realizado. Ao lado do aspecto econômico ligado aos livreiros e impressores, também funcionavam como recurso político para o controle da difusão das doutrinas consideradas perigosas.³⁰

Muitos dos elementos característicos dos direitos do autor estavam presentes nos privilégios, entre eles a outorga de direitos exclusivos por determinado prazo, a autorização para imprimir cópias das obras e vendê-las, a possibilidade de obter a reparação dos danos causados, bem como o direito de perseguir os infratores mediante medidas coativas, como a apreensão de cópias.³¹

Outrossim, vale mencionar que no regime dos privilégios a proteção era concedida normalmente por cidades, para um determinado território, o que permitia, em outra cidade, a impressão da mesma obra por outro impressor.³²

No Sacro Império Romano-Germânico, por exemplo, os privilégios eram concedidos pelas cidades, no entanto, também havia a possibilidade da obra impressa ser protegida em todo o território imperial, o que se dava com a concessão de privilégio pelo Kaiser (*Kaiserprivileg*).³³ O sistema dos privilégios do Kaiser, contudo, somente foi respeitado por todos os Estados germânicos no período que vai do fim do século XVI até o começo do século XVII.³⁴ Isso demonstra que, mesmo com a concessão de privilégios, muitas vezes a proteção dos impressores continuava atomizada, fragmentada, limitada territorialmente.

Ademais, é interessante notar que essa proteção não surgiu da reivindicação dos criadores intelectuais, ao contrário, em face do descontentamento da classe dos editores é que se iniciou a referida regulamentação. Não se pode falar, por conseguinte, em normatização resultante da atuação coletiva dos autores, mas sim como forma de atender “aos anseios econômicos dos grupos editoriais da época”.³⁵

Entwicklung. München: GRIN, 2009, p. 2.

26 SCHACK, Haimo. *Urheber-und Urhebervertragsrecht*. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 53-54.

27 ALGARDI, Zara Olivia. *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*. Padova: CEDAM, 1978, p. 5-6.

28 REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 9.

29 EBOLI, João Carlos de Camargo. *Pequeno mosaico do direito autoral*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006, p. 20.

30 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 30.

31 *Ibidem*, p. 30.

32 GERMAN, Stanislav. *Das Urheberrecht und seine Entwicklung*. München: GRIN, 2009, p. 2.

33 SCHACK, Haimo. *Urheber-und Urhebervertragsrecht*. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 54-55.

34 GERMAN, Stanislav. *Das Urheberrecht und seine Entwicklung*. München: GRIN, 2009, p. 2.

35 MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*: reperso-

Fica então evidente que nesse regime a tutela não era direcionada ao autor da obra, mas tinha como objetivo a proteção da atividade dos impressores e livreiros, o que justificava a concessão estatal de um privilégio e a consequente penalização daqueles que desrespeitassem tal outorga.³⁶

Desta feita, os privilégios concediam um direito de natureza econômica aos editores, destinado tão somente a salvaguardar a atividade dos riscos comerciais a ela inerentes, nada tendo a ver com os direitos autorais como os conhecemos atualmente.³⁷ Não havia, portanto, um direito subjetivo preexistente, uma vez que o privilégio era “atribuído pelo monarca como se fosse um benefício temporário e condicionado”.³⁸

1.2.5. A simbiose entre a censura e o regime dos privilégios

A concessão de privilégios não atendia apenas aos interesses dos livreiros e impressores. O Estado e a Igreja também estavam interessados no controle da atividade editorial, especialmente no que tocava ao conteúdo do que seria publicado.

Muito mais que proteger a atividade editorial, o Estado pretendia censurar as publicações, evitando a disseminação de ideias que pudessem trazer prejuízos políticos, bem como que pudessem ameaçar a sociedade como um todo, incluindo aí a religião.³⁹ E nesse ponto deve-se notar a ação da Igreja Católica, “sob cujo crivo deveriam passar as obras, em sua atividade censória, antes de re-

ceber o timbre do *imprimatur*”.⁴⁰

Nessa linha, o registro obrigatório não passava de um mecanismo camuflado de controle, visto que permitia ao Estado e à Igreja o acesso à obra antes da publicação, o que facilitava a censura prévia de trabalhos considerados indesejados.⁴¹

Deu-se, então, no regime dos privilégios, a simbiose perfeita entre os interesses do Estado e dos impressores. A motivação da tutela não estava na proteção das criações do espírito, mas sim, desde o início, na proteção dos investimentos e na outorga de um poderoso instrumento estatal de censura prévia,⁴² que evitava a ocorrência de desordem e de práticas vedadas pela religião, em evidente atendimento dos interesses diretos e indiretos do soberano e do clero.⁴³

Destarte, somente com a derrogação do sistema dos privilégios é que vai ter início o desenvolvimento do Direito de Autor como o conhecemos hodiernamente. Os primeiros passos nessa direção foram dados na Inglaterra, como veremos no decorrer dos nossos estudos. No entanto, não se deve deixar de observar que os autores nunca ficaram totalmente alijados do universo editorial ou da impressão e comercialização de livros, malgrado a prevalência, nesse período, dos interesses dos editores, da Igreja e do Estado (ou do Monarca).⁴⁴

nalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

36 COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008, p. 54.

37 FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral*: da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 48.

38 CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 194.

39 Na Alemanha, desde o século XVI, a censura estatal tinha a tarefa de proibir obras cujo conteúdo não estivesse de acordo com a religião cristã ou com uma das confissões autorizadas. Proibiam-se, igualmente, as obras contrárias aos costumes e à moral da sociedade (GERMAN, Stanislaw. *Das Urheberrecht und seine Entwicklung*. München: GRIN, 2009, p. 3).

40 FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral*: da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 67.

41 MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28.

42 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4.

43 A censura, como adverte Villalba, tem sido uma constante até nossos dias, existindo “porque la palabra y el pensamiento, el rechazo de los dogmas de cualquier tipo, ya sean religiosos, científicos o sociales han importado la modificación de la cultura, y han significado el cambio de regímenes políticos” (VILLALBA, Carlos Alberto. *Cultura – Derecho cultural – Derechos de autor y acceso a la cultura – Derechos humanos involucrados*. In: *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías ¿Intereses compatibles o contrapuestos?* Lima: APDAYC, 2012, p. 48).

44 FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral*: da

1.3. Os primeiros passos rumo ao sistema do Direito de Autor

Na Inglaterra, tal qual mencionamos linhas acima, também houve uma duradoura parceria entre a Coroa e os livreiros e impressores. Os últimos se faziam representados pela *Stationers' Company*, que assegurava o cumprimento das políticas oficiais de censura. A Coroa, por seu turno, dava poderes nacionais de regulação aos membros daquela corporação, bem como exclusividade na atividade de impressão.⁴⁵

A *Stationers' Company* manteve o monopólio sobre o comércio dos livros durante muito tempo, sustentando-se em normas de censura. Durante quase todo o período de 1557 a 1709 a censura foi a maior política do governo inglês. Era conveniente para a Coroa a entrega de grandes poderes à *Company of Stationers*, a qual passou a atuar, em contrapartida, como verdadeira polícia da impressão.⁴⁶

As relações entre os membros da *Stationers' Company* eram reguladas pelo *stationer's copyright*, que não previa um verdadeiro Direito de Autor, compreendendo apenas o direito de copiar um manuscrito.⁴⁷ Apesar disso, até por conveniência da própria corporação na forma de condução do comércio do livro, havia o reconhecimento implícito de alguns direitos morais e patrimoniais de autor.⁴⁸

O monopólio e a censura resistiram até mesmo ao enfraquecimento do poder monárquico determinado pelas revoluções

inglesas.⁴⁹ Com a reestruturação da monarquia foi editado em 1662 o *Licensing Act*,⁵⁰ o qual limitava a vigência das leis de censura. Todavia, o *Licensing Act* permitia renovações periódicas, o que acabou ocorrendo até 1694, “quando o ato não foi renovado por decisão da *House of Commons*”.⁵¹

Inúmeras críticas foram dirigidas ao *Licensing Act*. Entre os críticos mais ilustres estava John Locke, o qual argumentava que o privilégio comportava um regime de censura preventiva, que tornava sem efeito a liberdade de expressão. O filósofo também atacava o caráter perpétuo do privilégio, que levava os membros da *Company of Stationers* a produzir edições caras e de péssima qualidade, bem como se opunha ao ato que autorizava a Coroa a inspecionar a casa daqueles que eram suspeitos de possuir livros em situação irregular, o que fomentava perseguições. Ademais, asseverava que o monopólio sacrificava a liberdade de imprensa, de comércio e de cultura.⁵²

Apesar do cenário desfavorável, a *Stationers' Company* chegou a tentar obter novas leis de censura, posto que seus membros estavam cientes da importância da censura para a manutenção do monopólio.⁵³ A em-

antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 50.

45 MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual*: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, p. 252.

46 PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968, p. 6.

47 MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual*: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, p. 254-255.

48 *Ibidem*, p. 255.

49 PIEVATOLO, Maria Chiara. *L'età della stampa e l'industrializzazione dell'informazione*. Disponível em: <<http://bfp.sp.unipi.it/dida/fpa/aro1so2.html#anne>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

50 SOUZA, Allan Rocha de. *A construção social dos direitos autorais*: primeira parte. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

51 MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual*: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, p. 258.

52 PIEVATOLO, Maria Chiara. *L'età della stampa e l'industrializzazione dell'informazione*. Disponível em: <<http://bfp.sp.unipi.it/dida/fpa/aro1so2.html#anne>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

53 MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual*: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, p. 258.

preitada, no entanto, não logrou êxito.

Com o fim do *Licensing Act* instalou-se um verdadeiro caos no comércio de livros, em muito devido à cópia indiscriminada e à impressão somente de livros rentáveis. Isso levou os *stationers* a demandar uma nova normatização, que resultou na promulgação, em 1710, do Estatuto da Rainha Ana.⁵⁴

1.4. O Estatuto da Rainha Ana e o nascimento do sistema do *copyright*

A aprovação do Estatuto da Rainha Ana pôs fim ao regime de privilégios na Inglaterra, reconhecendo-se direitos aos autores, os quais poderiam ser transferidos ao editor. Estabeleceu-se, então, uma nova forma de regulação do comércio de livros.

Em verdade, melhor esclarecendo, a mudança radical encontrada no Estatuto não se devia ao fato da outorga ao autor do direito de *copyright*, até então uma prerrogativa limitada aos membros da *Stationers' Company*, mas sim à concessão do referido direito a todas as pessoas.⁵⁵

O objetivo precípua do novo sistema não era a proteção dos autores, pretendia-se regular o comércio de livros na ausência de monopólio e censura.⁵⁶ Desse modo, o reconhecimento de direitos aos autores no Estatuto da Rainha Ana se deu de forma mera-

mente incidental.

De fato, o Estatuto, já em seu preâmbulo, destacava que se tratava de um “ato para o encorajamento do aprendizado, investindo as cópias de livros impressos nos autores e compradores de tais cópias, durante o tempo aqui mencionado”.⁵⁷ Assim, o objetivo, com o término do monopólio e da censura, era o encorajamento do aprendizado, de maneira que quaisquer benefícios outorgados aos autores foram meramente incidentais.

Para tanto, concedeu-se a todos os autores o monopólio limitado de utilização da obra por 14 anos,⁵⁸ contados do dia de sua primeira publicação. Também foi oferecida a possibilidade de renovação desse direito por outros 14 anos, desde que o autor, decorridos os primeiros 14 anos, ainda vivesse e pedisse a renovação.⁵⁹ Caso contrário, ficaria livre a publicação da obra após o decurso do prazo de 14 anos.⁶⁰

Percebe-se, após uma leitura atenta do dispositivo, que a proteção era outorgada ao autor ou à pessoa que comprasse a

54 Há várias monografias que apontam a data do Estatuto da Rainha Ana como sendo o ano de 1709, com fundamento no calendário em vigor na Inglaterra naquela época. Todavia, desde 1752 a Inglaterra segue o calendário Gregoriano, de maneira que o ano não se inicia mais em 25 de março, mas sim em 1º de janeiro. Por isso, no calendário Gregoriano, o ano correto de promulgação do Estatuto é 1710 (FÖRSTER, Achim. *Fair Use: ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 10-11).

55 PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968, p. 145.

56 *Ibidem*, p. 143.

57 Transcrevemos o original: “An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned”.

58 No que toca ao referido prazo de 14 anos, vale lembrar que o mesmo foi tirado das patentes de invenção, conforme estabelecido pelo Statute of Monopolies de 1623 (PIEVATOLO, Maria Chiara. *L'età della stampa e l'industrializzazione dell'informazione*. Disponível em: <<http://bfp.sp.unipi.it/dida/fpa/aro1so2.html#anne>>. Acesso em: 12 fev. 2011).

59 Dispunha o Estatuto que o “autor de qualquer livro (ou livros) já composto, e não impresso e publicado, ou que será depois composto, e seu cessionário (ou cessionários), terão a liberdade exclusiva de imprimir e reimprimir tal livro (ou livros) pelo prazo de quatorze anos, começando do dia da primeira publicação do mesmo, e não mais”. Vejamos a redação do dispositivo no original: “That the author of any book or books already composed, and not printed and published, or that shall hereafter be composed, and his assignee or assigns, shall have the sole liberty of printing and reprinting such book and books for the term of fourteen years, to commence from the day of the first publishing the same, and no longer”.

60 GERMAN, Stanislav. *Das Urheberrecht und seine Entwicklung*. München: GRIN, 2009, p. 31-32.

obra. Por isso, o único benefício realmente conferido ao autor e não disponível para as pessoas que comprassem a obra era o direito de renovação do *copyright*,⁶¹ previsto no final do Estatuto,⁶² que permitia a proteção do autor por um período máximo de 28 anos.⁶³

Outrossim, deve-se notar que a proteção pelo prazo de 14 anos se dava em relação aos livros ainda não publicados na data do Estatuto. No que toca aos livros já publicados em 10 de abril de 1710, a previsão do Estatuto era outra, concedendo-se um período único de proteção de 21 anos, sem extensão ou prorrogação,⁶⁴ o que conduzia a obra, após o decurso do mencionado prazo, ao domínio público.

Abolia-se, com isso, o *copyright* perpétuo, base do monopólio, transformando-o em um *copyright* de 21 anos. E a razão para a concessão desse *copyright* limitado a 21 anos está nas grandes somas de dinheiro que os impressores tinham investido nos livros antigos, de maneira que tal prazo garantiria o

retorno desses investimentos.⁶⁵

Porém, ao mesmo tempo que garantiu os investimentos dos impressores, o prazo de 21 anos acabou por atrasar a interpretação judicial do Estatuto, que somente foi questionada judicialmente após o decurso do prazo.⁶⁶

A proteção, ademais, derivava da publicação e não da criação da obra, o que, mais uma vez, dava destaque ao trabalho do editor⁶⁷ e configurava mais um argumento favorável à tese que não vê no Estatuto uma lei de proteção dos autores. Ainda, era necessária a inscrição do título da obra nos registros da *Stationers' Company*, somente havendo a aquisição do direito depois da realização do referido registro.⁶⁸

Por outro lado, os direitos morais de autor não foram objeto de normatização pelo Estatuto da Rainha Ana e acabaram, mais tarde, devido a uma interpretação errônea da decisão do caso *Donaldson v. Beckett*, nem mesmo sendo protegidos pela *Common Law*. Só muito recentemente essa situação vem mudando nos países de direito anglo-saxônico, especialmente na Inglaterra, que em 1988 incorporou os direitos morais do autor (*moral rights*).⁶⁹

Assim sendo, o Estatuto da Rainha Ana não tinha a pretensão de beneficiar os autores, mesmo porque sequer fornecia um coerente entendimento acerca da autoria e dos direitos do autor. Não era uma lei de proteção autoral, não obstante muitas vezes se referir ao autor, já que buscava, em realidade, a regulação do

61 PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968, p. 146.

62 Tradução livre: “após a expiração do dito prazo de quatorze anos, o direito exclusivo de impressão ou disposição das cópias retornará aos seus autores, se eles estiverem vivos, por outro prazo de quatorze anos”. Vejamos o original: “after the expiration of the said term of fourteen years, the sole right of printing or disposing of copies shall return to the authors thereof, if they are living, for another term of fourteen years”.

63 E no que toca ao prazo máximo de proteção, vale aqui mencionarmos as considerações de Valerio de Sanctis, para quem os decretos revolucionários da França, ao consagrarem a “propriedade” literária, situaram o criador da obra no centro da proteção, o que pode ser notado pelo fato da duração da proteção estar relacionada com a vida do autor, enquanto que no sistema anglo-saxônico da época a proteção legal se originava da publicação e começava a correr a partir de tal data (LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 35).

64 E a previsão fica clara da leitura do trecho em questão, que estabelecia: “(...) terá o direito exclusivo e a liberdade de imprimir tal livro (e livros) pelo prazo de 21 anos, começando do dito 10 de abril, e não mais”. Vejamos o trecho no original: “(...) shall have the sole right and liberty of printing such book and books for the term of one and twenty years, to commence from the said tenth day of April, and no longer;”.

65 PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968, p. 147-148.

66 MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, p. 259.

67 SCHACHT, Sascha T. *Die Einschränkung des Urheberpersönlichkeitsrechts im Arbeitsverhältnis*. Göttingen: V&R unipress, 2004, p. 99.

68 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 32.

69 BENTLY, L.; SHERMAN, B. *Intellectual property*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 241.

comércio de livros em um ambiente desprovido de monopólio e censura. Em suma, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, mais “que uma lei de direito autoral, o *Statute of Anne* foi um diploma de regulação do mercado”.⁷⁰

Todavia, a despeito de não ter sido concebido como uma lei de Direito de Autor, o Estatuto viria a se aproximar disso quando se iniciaram as disputas judiciais conhecidas como *Battle of the Booksellers*, solucionadas no caso Donaldson v. Beckett, no qual foi reconhecida a existência de um *copyright* estatutário bastante diverso daquele de 1710.

Em conclusão, em nossa leitura, como o Estatuto não era propriamente uma lei de Direito de Autor, poderia ser considerado uma legislação de transição entre o regime dos privilégios e as modernas leis de direitos autorais, uma vez que possui elementos que remontam aos privilégios, bem como disposições que fazem parte das atuais leis autorais.⁷¹ Por isso, como veremos a seguir, os decretos revolucionários da França é que realmente consagraram pela primeira vez os direitos do autor.

1.5. O surgimento da noção de propriedade literária, artística e científica

Na França também foi visto um conflito de interesses entre livreiros, o qual, da mesma forma que na Inglaterra, levou à superação do sistema de privilégios e à elaboração de uma nova legislação protetiva.

Os litígios se fizeram presentes já no início do século XVIII e tiveram como partes os

livreiros de Paris, que sustentavam a utilidade da renovação dos seus privilégios, ao que se contrapunham os livreiros não privilegiados (ou com poucos privilégios) das províncias, que impugnavam as renovações, entendendo que elas eram contrárias ao interesse geral.⁷²

Os livreiros de Paris se defendiam dos ataques dos livreiros das províncias destacando que, além da existência dos privilégios reais, também tinham adquirido os manuscritos dos autores. Desse modo, como a criação pertencia aos autores, estes a teriam transmitido ao livreiro integralmente, com todos seus atributos, inclusive o principal, que era a perpetuidade. Essa tese foi apresentada em várias causas levadas ao Conselho do Rei, na tentativa de demonstrar que os privilégios nada mais constituíam que aprovações autênticas das transações entabuladas com os autores.⁷³

Ao lado dessas disputas, os direitos dos autores começaram a ser defendidos, de forma cada vez mais vigorosa, por determinados grupos sociais. Advogados, altos funcionários e escritores, como foi o caso de Rousseau e Voltaire, dedicaram-se à causa, proclamando a importância da legislação protetiva do autor.⁷⁴

O debate acerca da tutela do autor tomou então um rumo irreversível na segunda metade do século XVIII⁷⁵ e não demorou muito para que as primeiras decisões a favor dos autores viessem à tona. De fato, o primeiro julgado reconhecendo esses direitos parece ter sido aquele proferido no caso La Fontaine, onde o rei declarou que as obras do insigne fabulista pertenciam por direito de

70 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4, p. 278.

71 Para uma análise mais aprofundada acerca do fim dos privilégios e do surgimento do *copyright* inglês, remetemos o leitor a outra publicação: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de *copyright*. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leonardo_zanini.html>. Acesso em: 10 jan. 2013.

72 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 32.

73 *Ibidem*, p. 33.

74 Pode-se citar, ainda no referido período, as decisões favoráveis aos herdeiros de Fenelon, que o advogado Héricourt obteve em confronto com editores (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Propriedade e posse: uma leitura dos ancestrais institutos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Cristóvão, ano 4, v. 14, p. 79-111, abr./jun. 2003, p. 108).

75 GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010, p. 15.

herança às suas netas.⁷⁶

O passo seguinte foi dado às vésperas da Revolução Francesa, em agosto de 1777, quando o governo de Luis XVI interveio e editou seis decretos, que resumiram a situação da seguinte maneira: foram reconhecidos ao autor o direito de editar e vender suas obras, bem como foram criadas duas categorias diferentes de privilégios. Aos autores, que tinham como fundamento a atividade criadora, foi concedido privilégio perpétuo, enquanto que aos editores foi outorgado privilégio por tempo limitado. Os decretos, todavia, somente se aplicavam aos escritos, não beneficiando os autores de obras teatrais e musicais.⁷⁷

No mesmo ano, em 1777, foi fundada a Sociedade dos Autores e Compositores Dramáticos (SACD), surgindo um fenômeno novo e geral, muito bem descrito por Ripert: “Os grupos tornam-se permanentes e organizados; chefes eleitos falam em nome de todos, tendo relação constante com parlamentares, sabendo pedir, exigir, ameaçar (...)”.⁷⁸

Em 4 de agosto de 1789, com a Revolução Francesa, os privilégios de autores e editores foram abolidos. Mas a situação não perdurou muito sem regulamentação, visto que dois decretos, na terminologia da época, foram aprovados pela Assembleia Constituinte para disciplinar a matéria.

O primeiro deles, de 13-19 de janeiro de 1791, reconheceu aos autores de obras teatrais um monopólio de exploração sobre a representação de seus trabalhos, o qual perdurava durante toda a vida do autor, bem como beneficiava seus herdeiros ou cessionários por cinco anos após a morte do autor.⁷⁹

Já o segundo, de 19-24 de julho de 1793, reconheceu o direito de reprodução sobre a

propriedade literária, musical e artística.⁸⁰ Além disso, concedeu o monopólio de exploração durante toda a vida do autor e a seus herdeiros ou cessionários pelo prazo de dez anos após a morte do autor.⁸¹⁻⁸²

Referidas normas consolidaram, pela primeira vez, a noção de propriedade literária e artística, atribuindo ao autor a propriedade sobre sua criação intelectual. Aliás, aí também está o fundamento para o fim do regime dos privilégios, pois em 1789 a propriedade foi consagrada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão como “inviolável e sagrada”, o que não era compatível com a ideia de privilégio.⁸³

1.6. Os decretos revolucionários franceses de 1791 e 1793

O Direito de Autor surgiu então a partir da substituição do regime dos privilégios pela propriedade literária, que, conforme escreveu Le Chapelier em 1791, é a “mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável, e, se assim posso dizer, a mais pessoal das propriedades”.⁸⁴ Nessas palavras, conforme adverte Hubmann, já se expressava a opinião no sentido de que a “propriedade intelectual” não teria somente expressão econômica, mas também deveria tutelar interesses pessoais do autor.⁸⁵

76 BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1, p. 235.

77 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 33.

78 GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010, p. 16-17.

79 *Ibidem*, p. 17.

80 STRÖMHOLM, Stig. *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale*. Étude de droit comparé. I première partie. L'évolution historique et le mouvement international. Stockholm: P. A. Nordstedt & Söners Förlag, 1967, t. I, p. 117.

81 GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010, p. 17.

82 No que toca à duração, lembra Hubmann que a proteção outorgada na França foi ampliada em 1866 para 50 anos *post mortem auctoris* e, em relação às obras musicais, com ou sem texto, estendida em 1985 para 70 anos *post mortem auctoris* (HUBMANN, Heinrich. *Urheber- und Verlagsrecht*. 2. ed. München: Beck, 1966, p. 17).

83 LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3. ed. Paris: Litec, 2006, p. 9.

84 *Ibidem*, p. 10.

85 HUBMANN, Heinrich. *Urheber- und Verlagsrecht*. 2. ed. München: Beck, 1966, p. 17. Vejamos o original: “In diesen

É controversa, entretanto, a utilização do termo “propriedade”, pois, conforme advertem Lucas e Lucas, a linguagem do legislador revolucionário, neste ponto, foi mais filosófica do que jurídica, visto que a insistente referência à propriedade tem o condão de ressaltar a ruptura com o sistema de privilégios concedidos pelo rei.⁸⁶

Por outro lado, destacam alguns autores que a ruptura pode também ter sido exagerada pela doutrina, uma vez que os avanços realizados pelos decretos foram modestos e, em relação ao princípio da perpetuidade do direito exclusivo, denotam um recuo se comparados às decisões do Conselho de Rei de 1777.⁸⁷

Lipszyc vê nos decretos um progresso considerável no desenvolvimento dos direitos do autor, posto que permitiram a extensão da proteção aos interesses dos criadores, abandonando o enfoque dado à cópia e à expressão da obra em forma material. Assevera ainda que os decretos fixaram a duração dos direitos exclusivos sobre a obra para além do falecimento do autor, ao invés de contar o prazo a partir da data da primeira publicação da obra, bem como afastaram a denominação anglo-americana, ou seja, o *copyright*.⁸⁸



Worten kommt bereits die Auffassung zum Ausdruck, dass das geistige Eigentum nicht nur die wirtschaftlichen, sondern auch die persönlichen Interessen des Urhebers schützen müsse”.

86 LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3. ed. Paris: Litec, 2006, p. 11.

87 *Ibidem*, p. 11-12.

88 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 36.

Outrossim, é relevante destacar que os dois decretos foram redigidos de forma bastante concisa e clara, o que lhes garantiu um período de vigência excepcional. Perduraram, com poucas alterações, por quase cento e setenta anos, dando espaço para o desenvolvimento de uma jurisprudência de qualidade.⁸⁹

Outro ponto relevante está no fato de que a legislação da época, ao reconhecer a propriedade literária e artística, aumentou a liberdade dos autores,⁹⁰ alforriando-os do regime do mecenato, que era a forma mais usual de patrocínio das artes e da cultura. Passaram os autores, assim, a caminhar com as próprias pernas, uma vez que encontravam no sistema jurídico uma fonte de financiamento de suas criações.

Nessa esteira, parece-nos que emergiu no direito positivo francês,⁹¹ pela primeira vez, o Direito de Autor, dado que os decretos revolucionários, ao contrário do Estatuto da Rainha Ana, situaram o criador da obra como o centro da proteção. Apesar disso, não há dúvida que a admissão do Direito de Autor como uma propriedade literária e artística demandaria melhor análise da doutrina e da

89 GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010, p. 18.

90 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4, p. 280.

91 Há, por outro lado, quem aponte que os direitos dos autores teriam tomado forma, pela primeira vez, na Lei Geral da Prússia (*Das Allgemeine Preußische Landrecht*), de 1794. Todavia, vale lembrar que o referido diploma cuidou apenas e tão somente de direitos editoriais (*Verlagsrecht*) e disposições penais contra a reimpressão, tratando apenas de forma indireta dos direitos do autor. Podem-se observar, ainda, disposições reconhecendo expressamente os direitos do autor na Lei de Baden (*Badisches Landrecht*), de 1809, bem como no Código Penal da Baviera (*Bayerisches Strafgesetzbuch*), de 1813. Aliás, Baden é apontado como o primeiro estado germânico a reconhecer a proteção autoral com base na ideia da propriedade espiritual, influência da Revolução Francesa. Seja como for, o fato é que a extinção dos privilégios e o surgimento da primeira codificação alemã de direitos autorais apenas vai ocorrer na Prússia, com a Lei de 11 de junho de 1837, que garante a proteção dos direitos do autor de forma vitalícia e pelo prazo de 30 anos *post mortem auctoris* (WANDTKE, Artur-Axel. Einleitung. Urhebervertragsrecht. In: WANDTKE, Artur-Axel (Hrsg.). *Urheberrecht*. Berlin: De Gruyter, 2009, p. 4-5).

jurisprudência, o que vai ocorrer no século XIX, como veremos.

1.7. O reconhecimento dos direitos morais do autor pelos tribunais franceses

O nascimento do Direito de Autor (*droit d'auteur*) com os decretos revolucionários outorgou, em um primeiro momento, proteção apenas aos aspectos patrimoniais. Somente no decorrer do século XIX, com a afirmação da dimensão jusnaturalista e personalista do Direito de Autor, é que os direitos da personalidade do autor (direitos morais⁹²) foram sendo paulatinamente reconhecidos.⁹³

A despeito disso, lembra Strömholm que certos autores mencionam a existência,

nos trabalhos preparatórios dos decretos revolucionários, de expressões que têm sido interpretadas como alusões ao direito moral de autor ou, pelo menos, como um reconhecimento implícito dos interesses pessoais dos autores. Porém, deve-se entender que a legislação revolucionária pertence à pré-história do direito moral de autor.⁹⁴

Assim, é correto asseverar que antes de 1800 os espíritos foram preparados, mas não houve o reconhecimento do direito moral como um conceito jurídico, o que será obra da jurisprudência francesa do século XIX,⁹⁵ que “fez germinar o que adormecia em estado prematuro”.⁹⁶⁻⁹⁷

Entre os vários julgados prolatados no período, normalmente é dada importância particular àqueles que mencionaremos a seguir. Contudo, isso não significa que outros casos importantes não foram analisados e decididos no século XIX, mas sim que estamos nos atendo apenas aos mais comentados.

Nessa linha, já em 17 de agosto de 1814, em um julgado do Tribunal Civil do Sena, foi imposto a um editor, que adquiriu o direito de exploração de uma obra, o dever de respeitar o direito à paternidade e à integridade da obra.

Mais tarde, em 11 de janeiro de 1828, o

92 A expressão “direitos morais do autor” foi consagrada pela Lei nº 9.610/1998, que cuida especificamente desses direitos nos arts. 24 a 27. Em nosso estudo, até para que a leitura não se torne desagradável, não vamos nos afastar da terminologia consagrada pela legislação, porém, não podemos deixar de mencionar que o termo “moral” é impróprio, visto que há setores não-éticos no direito moral, e incorreto, pois foi traduzido literalmente do direito francês. Ascensão prefere chamá-los de “direitos pessoais”, afirmando que não obstante “mantenham uma ligação, ao menos genética, aos direitos da personalidade, afastam-se destes no seu âmbito de tutela e no seu regime”. O professor português ainda destaca que “são admitidos negócios sobre direitos pessoais que não seriam admitidos sobre os direitos de personalidade” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 129-130). Parece-nos, entretanto, que a adoção da terminologia “direitos pessoais” também não é apropriada, tratando-se de concepção bastante genérica, que poderia igualmente ser utilizada no âmbito dos “direitos patrimoniais do autor”, já que, como sabemos, em Direito Civil ela compreende direitos obrigacionais, em oposição aos direitos reais. Também não procede a alegação de que os direitos pessoais melhor se amoldam aos “direitos morais”, ao fundamento de que, nas palavras de Ascensão, no âmbito dos direitos do autor há negócios jurídicos não passíveis de enquadramento na seara dos direitos da personalidade. Por conseguinte, entendemos que o Direito de Autor tem natureza de direitos da personalidade e que a distinção entre direitos morais e direitos patrimoniais é meramente didática, assim, se vamos aceitá-la para uma explanação mais clara da matéria, melhor então seria chamar os direitos morais de “direitos da personalidade do autor”.

93 LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3. ed. Paris: Litec, 2006, p. 12.

94 STRÖMHOLM, Stig. *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale*. Étude de droit comparé. I première partie. L'évolution historique et le mouvement international. Stockholm: P. A. Nordstedt & Söners Förlag, 1967, t. I, p. 117.

95 LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3. ed. Paris: Litec, 2006, p. 12.

96 MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31.

97 No mesmo sentido, ensina Strowel que a existência na França de normas não jurídicas que condenavam determinadas práticas, como é o caso do plágio, não é suficiente para que se afirme a anterioridade dos direitos morais em relação aos pecuniários. É que tais normas, não obstante serem até dotadas de uma certa efetividade, não eram consagradas juridicamente, o que afasta a pretensão de se reputar que os direitos morais surgiram antes dos direitos patrimoniais (STROWEL, Alain. *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*. Paris: LGDJ, 1993, p. 481).

caso Vergne forneceu uma ilustração do grau de desenvolvimento em relação ao direito de divulgação. O julgado reconheceu ao autor, em vida, o direito de impedir a venda e a publicação de suas obras, mas recusou esse mesmo direito aos seus herdeiros, que o sucederiam apenas nos direitos materiais. Ademais, a decisão estabeleceu que na dúvida e na ausência de manifestação de vontade do autor, deveria ser consultada a sua intenção presumida.⁹⁸

Também é dada especial atenção pela doutrina ao caso Lacordaire, no qual se opôs o padre Lacordaire a um editor de Lyon, que publicou, após ter tomado nota dos seus discursos, um volume intitulado “*Conférences de l'abbé Lacordaire*”. A Corte de Lyon reconheceu que o autor “tem um duplo e legítimo interesse em conservar o direito exclusivo de editar sua obra ou de cedê-la”. Outrossim, asseverou-se que “do ponto de vista de sua personalidade moral e no interesse mesmo de sua doutrina, o autor deve sempre conservar o direito de rever, de corrigir e de supervisionar a fidelidade da reprodução da obra, bem como escolher o momento e o modo de sua publicação”.⁹⁹

Em 1865, no caso Rose Boheur, foi reconhecida, pela primeira vez, “a primazia ou preponderância do direito imaterial (Direito de Autor) em relação ao direito obrigacional. O pintor não foi obrigado a entregar o quadro encomendado por terceiro, em razão de ter mudado de concepção artística”.¹⁰⁰

Desta feita, pode-se dizer que a jurisprudência francesa foi paulatinamente assegurando a proteção do direito moral de autor,

sendo bastante claro que por volta de 1880 a situação estava muito bem desenhada, visto que uma ampla gama de casos importantes já havia sido decidida com base nas soluções ditadas pelos princípios em questão.¹⁰¹

1.8. Os direitos morais do autor na doutrina francesa do século XIX

Na doutrina, Renouard já asseverava em 1839, no célebre *Traité des droits des auteur dans la littérature, la science et les beaux-arts*, que não era admissível a supressão ou alteração da obra pelo cessionário, sendo também vedada a omissão do nome do autor ou de um dos coautores. Ademais, o estudioso explicou a impenhorabilidade da obra inédita pela ideia de que ela é para o autor “o santuário de sua consciência”.¹⁰²

Nos anos que se seguiram a doutrina foi mais e mais se posicionando a favor dos interesses pessoais do autor. Tanto é assim que em 1846, na obra *Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*, já se pôde notar, nos ensinamentos de Nion, a tendência no sentido de orientar o debate na direção do autor. Nesse trabalho também encontramos o que pode ser considerado como a primeira manifestação da concepção dualista do Direito de Autor.¹⁰³

Todavia, teria sido André Morillot, em 1878, quem primeiro utilizou a expressão “direito moral”, que foi considerada como um feixe de prerrogativas distinto do monopólio de exploração e fundada na responsabilidade civil.¹⁰⁴ Sua obra representou o nascimento

98 STRÖMHOLM, Stig. *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale*. Étude de droit comparé. I première partie. L'évolution historique et le mouvement international. Stockholm: P. A. Nordstedt & Söners Förlag, 1967, t. I, p. 118.

99 *Ibidem*, p. 120.

100 CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; HIRONAKA, Gislinda Maria Fernandes Novaes. Propriedade e posse: uma leitura dos ancestrais institutos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Cristóvão, ano 4, v. 14, p. 79-111, abr./jun. 2003, p. 108.

101 STRÖMHOLM, Stig. *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale*. Étude de droit comparé. I première partie. L'évolution historique et le mouvement international. Stockholm: P. A. Nordstedt & Söners Förlag, 1967, t. I, p. 78.

102 LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*. Aix-en-provence: PUAM, 2002, p. 51.

103 *Ibidem*, p. 52.

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

do direito moral de autor na França e partiu de uma concepção dualista, que reconhecia direitos pecuniários e morais, estes últimos fundados nos direitos da personalidade.¹⁰⁵

Na verdade, conforme esclarece Strömholm, o que existe mesmo de original na obra de Morillot é sobretudo a escolha da expressão “direito moral”, que evita a referência à noção então confusa dos direitos da personalidade. No mais, como obviamente não se pode reconhecer o surgimento de todo esse arcabouço doutrinário da noite para o dia, é certo que Morillot partiu do desenvolvimento doutrinário já existente na Alemanha, que foi fundamental para que a doutrina francesa pudesse compreender tudo aquilo que os tribunais tinham criado em sua jurisprudência.¹⁰⁶⁻¹⁰⁷

De fato, isso mostra que os estudos realizados a partir do pensamento de Immanuel Kant também foram fundamentais para o desenvolvimento de um direito da personalidade do criador na doutrina francesa.¹⁰⁸

Desse modo, o direito moral de autor vai se agregar ao conceito já estabelecido de direitos de propriedade literária e artística, passando, aos poucos, do campo jurisprudencial e doutrinário para o reconhecimento legal, o que poderá ser notado de forma mais evidente nas legislações promulgadas no início do século XX, particularmente após a Primeira Guerra Mundial.¹⁰⁹

1.9. Considerações finais

A invenção da imprensa de tipos móveis provocou uma verdadeira revolução no modo de produção de livros, o que deu início a uma nova atividade produtiva, capitaneada pelos impressores. Como a nova atividade exigia vultosos investimentos, foi demandado aos governantes da época a concessão de privilégios, que permitiriam o monopólio da impressão de livros em determinadas localidades, bem como assegurariam os investimentos realizados. Ao mesmo tempo, aliado ao regime dos privilégios, instalou-se um sistema de censura da produção literária, regido pelo Estado e pela Igreja.

O fim dos privilégios se deu inicialmente na Inglaterra, com a promulgação em 1710 do Estatuto da Rainha Ana, considerado a primeira lei de *copyright*. A despeito do rompimento com o sistema anterior, é certo que o Estatuto não tinha como objetivo primordial o reconhecimento de direitos ao autor. Na realidade, buscava-se apenas a regulação do comércio de livros em um ambiente desprovido de monopólio e censura. Desse modo, mesmo se considerarmos os resultados posteriores decorrentes das disputas judiciais em torno do Estatuto, ainda assim estaremos apenas diante de uma legislação que marcou a transição entre o regime dos privilégios e as modernas leis de direitos autorais.

O Direito de Autor vai surgir somente com os decretos revolucionários de 1791 e 1793, que substituíram o regime dos privilégios na França, consolidando, pela primeira vez, a noção de propriedade literária, artística e científica. Atribui-se então ao autor a propriedade sobre sua criação intelectual.

Os decretos de 1791 e 1793 reconheceram tão somente direitos patrimoniais aos autores. Os direitos morais, por outro lado, foram tarefa que coube à jurisprudência francesa do século XIX. Com a consolidação dos direitos morais na jurisprudência, seguiu-se seu desenvolvimento doutrinário, cujo marco

13.

105 LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*. Aix-en-provence: PUAM, 2002, p. 59.

106 STRÖMHOLM, Stig. *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale*. Étude de droit comparé. I première partie. L'évolution historique et le mouvement international. Stockholm: P. A. Nordstedt & Söners Förlag, 1967, t. I, p. 377.

107 A despeito do arcabouço teórico concebido, não se viu nos tribunais alemães a mesma desenvoltura dos tribunais franceses no trato dos direitos morais do autor, atraso este que é apontado como decorrência dos textos detalhados então existentes e da exegese estrita dos tribunais da época (*Ibidem*, p. 374).

108 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 37.

109 *Ibidem*, p. 370-371.

inicial é atribuído aos trabalhos de Morillot, que teve o mérito de aplicar à jurisprudência francesa os desenvolvimentos doutrinários alemães relacionados com os direitos da personalidade.

Pode-se afirmar então que a construção dos direitos morais se assentou em dois grandes alicerces: 1) de um lado, temos a jurisprudência francesa do século XIX, que concebeu um direito cujo objetivo era a proteção dos interesses pessoais dos criadores intelectuais; 2) de outro lado, a doutrina alemã da mesma época aprofundou a noção dos direitos da personalidade, o que auxiliou a compreensão e o desenvolvimento dos direitos reconhecidos pela jurisprudência.

Desse modo, o direito moral de autor se agregou ao conceito já estabelecido de direitos de propriedade literária, artística e científica, passando, aos poucos, do campo jurisprudencial e doutrinário para o reconhecimento legal, o que poderá ser notado de forma mais evidente nas legislações promulgadas no início do século XX, particularmente após a Primeira Guerra Mundial.

De qualquer forma, foi o pioneirismo e a influência exercida pelo direito francês que levaram à utilização desse modelo, em 1886, na primeira Convenção Internacional sobre direitos autorais, a Convenção de Berna, que abriu um novo capítulo na história do Direito de Autor.

Bibliografia

ALGARDI, Zara Olivia. *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*. Padova: CEDAM, 1978.

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

BENTLY, L.; SHERMAN, B. *Intellectual property*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 195?, v. 1.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *A social history of the media: from Gutenberg to the internet*. 2. ed. Cambridge: Cambridge, 2005.

CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; HIRO-NAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Propriedade e posse: uma leitura dos ancestrais institutos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Cristóvão, ano 4, v. 14, p. 79-111, abr./jun. 2003.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008.

EBOLI, João Carlos de Camargo. *Pequeno mosaico do direito autoral*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006.

FÖRSTER, Achim. *Fair Use: ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

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

GERMAN, Stanislav. *Das Urheberrecht und seine Entwicklung*. München: GRIN, 2009.

HUBMANN, Heinrich. *Urheber- und Verlagsrecht*. 2. ed. München: Beck, 1966.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Plágio e outros estudos em direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

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

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

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.

PIEVATOLO, Maria Chiara. *L'età della stampa e l'industrializzazione dell'informazione*. Disponível em: <<http://bfp.sp.unipi.it/dida/fpa/aro1s02.html#anne>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

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

SCHACHT, Sascha T. *Die Einschränkung des Urheberpersönlichkeitsrechts im Arbeitsverhältnis*. Göttingen: V& R unipress, 2004.

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

SOUZA, Allan Rocha de. *A construção social dos direitos autorais: primeira parte*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

STRÖMHOLM, Stig. *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale*. Étude de droit comparé. I première partie. L'évolution historique et le mouvement international. Stockholm: P. A. Nordstedt & Söners Förlag, 1967, t. I.

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

TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

VILLALBA, Carlos Alberto. Cultura – Derecho cultural – Derecho de autor y acceso a la cultura – Derechos humanos involucrados. In: *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías ¿Intereses compatibles o contrapuestos?* Lima: APDAYC, 2012, p. 39-91.

WANDTKE, Artur-Axel. Einleitung. Urhebervertragsrecht. In: WANDTKE, Artur-Axel (Hrsg.). *Urheberrecht*. Berlin: De Gruyter, 2009, p. 1-46; 133-185.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de *copyright*. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leonardo_zanini.html>. Acesso em: 10 jan. 2013.

Metodologia jurídica e sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do Direito: uma visão panorâmica



Marcelo Jucá Lisboa

Juiz Federal Substituto

I. Conceito de metodologia e objeto da metodologia jurídica

Metodologia significa, em linhas gerais, o estudo dos procedimentos que, concatenados entre si, destinam-se ao enfrentamento de determinado ramo do conhecimento. *Metodologia jurídica*, neste ângulo, é o estudo dos métodos de investigação do Direito visando à sua concepção, interpretação e aplicação.¹ Como esclarece KARL LARENZ, “Cada ciência lança mão

de determinados métodos, modos de proceder, no sentido da obtenção de respostas por ela suscitadas”.² Atualmente, a metodologia jurídica recebe mais comumente o nome de Teoria da Decisão, de onde se depreende que vai ter sua principal intencionalidade direcionada à decisão judicativa, pois é aí que implicará em maiores repercussões práticas e que todas as investigações teóricas vão fazer sentido e encontrar sua prática razão de ser. A metodologia, assim, vai estudar as escolas de pensamento que, com seus métodos, procuraram responder à pergunta sobre como proceder com o Direito, como interpretá-lo e aplicá-lo, sempre tomando por pressuposto determinado conceito de Direito. Assim, a metodologia jurídica constitui-se no estudo

¹ Deixo logo assentado que minha concepção se alinha aos que sustentam que interpretação e aplicação do direito constituem-se momentos incidíveis, a exemplo de Eros Roberto Grau: “Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado [...]; interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário [...], se superpõem” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90).

² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 1.

dos métodos desenvolvidos por essas linhas de pensamento, que vão do positivismo clássico até o pós-positivismo jurídico hoje em voga.

Mas, para uma completa visualização dessa temática, é de mister que se aprofunde um pouco mais no oceano de sua complexidade, a fim de se ter por compreendido o papel da metodologia jurídica em sua essência. Para tanto, deve-se ter em mente que ela se interessa pelo *modo de enfrentamento do fenômeno jurídico*, estudando, a partir de então, os métodos propícios a tal enfrentamento. Por *modo de enfrentamento do fenômeno jurídico* quero expressar a posição metódica decorrente da prévia resposta a algumas perguntas, tais como: (1) o que pode ser considerado como Direito (conceito de Direito, tema vinculado à questão das fontes)? (2) a que se deve voltar a orientação do pensamento na investigação acerca do Direito: à norma enquanto norma (modelo positivista no sentido kelseniano), à norma enquanto extrato da realidade social (teorias sociológicas do Direito) ou oriunda da razão legiferante (jusracionalismo)? Ou ao Direito enquanto conjunto de preceitos oriundos da Natureza (jusnaturalismo clássico)? É dizer: constitui papel da metodologia investigar os métodos com que o fenômeno *Direito* deve ser enfrentado, o que pressupõe uma tomada de postura no tocante à intencionalidade com que se o divisa, como deve ser concebido, ou seja, como é conceituado.

É óbvio que uma tomada de posição implicará em consequências no tocante à decisão judicial, no sentido dos fatores que deverão ser levados em conta na aplicação/interpretação do Direito. A título de exemplo, para a Escola da Exegese, para quem, em sua concepção do Direito, as normas jurídicas escritas – e apenas estas – são o retrato da razão humana personificada na pessoa do legislador racional, identificando-se o Direito com a norma, a letra da lei não pode sofrer qualquer alteração em seu significado textual

quando de sua aplicação pelo juiz. Já para a Escola Histórica, os fatores históricos devem ser levados em consideração como componentes do Direito, entendendo-se que sua interpretação deve-se lhes levar em consideração. Para Kelsen, a norma é todo o Direito e só ela, enquanto norma, pode ser considerada, não como expressão significativa da razão legiferante ou do espírito do povo (*Volksgeist*), mas pelo fato de ser válida quando sintaticamente organizada ao lado de outras normas, subserviente à escala hierárquica que lhe confira validade e pertinência ao sistema, sem quaisquer considerações de ordem racional ou sociológica, ética ou moral, as quais deverão ser ocupadas por outros domínios do conhecimento (*e.g.*, pela política do Direito e pela sociologia Jurídica).

A metodologia, assim, é setor de crucial importância para a ciência do Direito, na medida em que os métodos adotados em seu proceder guiarão o pensamento jurídico não apenas no “céu da filosofia”, mas, igualmente, no “terra-a-terra” da dimensão prática.

A esta altura já se franqueiam luzes à compreensão de que os métodos com que se enfrenta o Direito variarão ao sabor da posição filosófica adotada acerca da concepção do fenômeno jurídico, ou seja, acerca do conceito de Direito. Como visto acima, para o jusnaturalismo da Escola da Exegese, à qual a norma escrita representava a expressão da razão legiferante, de modo que o Direito identificava-se com a norma escrita, o método adequado era o que prescrevia processo no qual a lei deveria ser lida em sua textualidade sintática, sendo vedada a adição de elementos extratextuais por parte de seu intérprete e aplicador. Significa dizer: subjaz a todo método uma concepção filosófica de Direito, que o inspira e condiciona. A metodologia é a parte da filosofia do Direito que estuda estes métodos, de onde se conclui, logicamente, que é impossível, em sua análise, descurar-se do pano de fundo consistente nas concepções filosóficas, nas pré-compreensões tomadas

pelas variadas correntes do pensamento jurídico às quais os respectivos métodos se referem e vão ali encontrar sua razão de ser e sua justificativa lógica,³ a significar que o método induz à elaboração de um conceito de Direito, ao mesmo tempo em que o conceito de Direito condiciona a elaboração de métodos propícios à sua interpretação/aplicação, e assim reciprocamente.

No que toca às principais problemáticas com que se defronta a temática em estudo, há de se referir, como pré-compreensão do quanto seguirá, a distinção entre *razão teórica* e *razão prática*, no sentido kantiano. A primeira principia-se e finda-se no terreno do conhecimento abstrato, produzindo concepções que se preordenam à facticidade da ação, mantendo-se alheia à realidade subjacente, enquanto a segunda constrói suas concepções dentro e sob a intencionalidade do real. Dizendo de outra forma, “A razão é teórica ou especulativa quando se refere aos

princípios *a priori* do conhecimento, e é prática quando e refere aos princípios *a priori* da ação”.⁴ Em se tratando de Direito, a *razão teórica* garante maior segurança jurídica e previsibilidade, mas não consegue abranger a realidade, sempre variante, que não raras vezes a surpreende, como sói acontecer nos denominados casos difíceis (*hard cases*). Já a *razão prática* sacrifica a segurança e a previsibilidade, ao passo em que logra êxito no articular-se e no dialogar com a realidade fática que lhe subjaz. Uma, casada com a forma; outra, com a matéria.

Como se verá no decorrer do texto, Escolas há que primam mais pela razão teórica, a exemplo da Escola da Exegese, ao passo que outras conferem proeminência à razão prática, como a Escola do Direito Livre, divisando-se outras – e este é o grande desafio do pós-positivismo – que colimam ao atingimento do equilíbrio entre uma e outra, a exemplo do que propõe ROBERT ALEXY.

Uma vez assentada a compreensão do que seja, em sua essência, a metodologia jurídica e qual o seu *locus* dentro da filosofia do Direito, passemos a um breve esboço acerca de algumas das principais concepções do Direito, difundidas pelas Escolas que serão sumariamente examinadas, bem como os métodos por estas empregados (ou delas decorrentes), condicionados e justificados por tais concepções, restando demonstrado o aludido condicionamento, i.e., a necessária imbricação, entre a posição filosófica assumida acerca do conceito de Direito e os correspondentes métodos de interpretação e de decisão judicial, reclamados pela conceituação perfilhada.

O objeto deste trabalho, portanto, é possibilitar uma visão panorâmica e sintética acerca do tema, quase sempre disperso de forma a dificultar seu estudo por parte dos não-iniciados, o que, todavia, não dispensa mínimas noções filosóficas cujo pré-conhecimento deve antecipar-se às investigações ju-

3 Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, em seu estudo introdutório à obra “Teoria Discursiva do Direito”, de Robert Alexy, assim se refere à questão: “[...] a aplicação do direito depende de como se conceitua o direito e, por outro lado, o conceito de direito depende do modo como se encara a aplicação do direito” (ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 1). Importante observar que Trivisonno, logo no início de sua exposição, adverte que algumas teorias acerca do conceito de Direito não se ocupam com sua aplicação (ou seja, com métodos de sua interpretação/aplicação), como as teorias de Kant e Hart, por exemplo, enquanto outras há que se ocupam de sua aplicação mas não de seu conceito, como a de Dworkin. As teorias que abarcam ambas as abordagens são denominadas de *abrangentes*. Mais adiante, o mesmo expositor vai afirmar que toda teoria acerca do conceito de Direito implica sua aplicação e vice-versa, posto que uma decorre da outra. Mas consigna que, ao fazer-se a referência às teorias ditas *abrangentes*, na realidade não se está a negar tal fato, mas apenas ressaltando que elas *desenvolvem*, explicitamente, não apenas o conceito de Direito mas os métodos de sua aplicação (*Ibidem*, p. 2). Assim, em nada isto abala meu pensamento de que conceito de Direito e metodologia acham-se sempre imbricados numa recíproca e circular relação de vinculação e condicionamento, ainda que não se *desenvolva*, como colocado pelo citado autor, ambas as faces da moeda, uma vez que se erige em *condição de possibilidade* a um conceito de Direito corresponderem métodos tendentes à sua aplicação e aos métodos de aplicação corresponder um conceito de Direito, havendo verdadeira simbiose entre ambos.

4 FERRATER MORA, José. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, t. IV, p. 2.457.

rídicas caso se pretenda alcançar uma sincera compreensão da essência dos assuntos sobre os quais gravita toda a temática em apreço.

II. A Escola da Exegese

Para a Escola de Exegese, movimento surgido, sob inspiração Iluminista, após a Revolução Francesa e que encontrou nos ideais burgueses suas intencionalidades, o Direito racional foi transportado da consciência dos homens para os códigos, para a *lex scripta*, de forma que é nesta que se acha, doravante, impressos os preceitos impostos pela Razão.⁵ Disto resulta o *método* seguido por esta Escola, consistente no apego do julgador ao expresso texto legal, não se lhe permitindo ultrapassar a interpretação gramatical mediante a adição de subjetividades e valorações extraídas da moral e da ética, posto que toda a moral e ética vigentes achavam-se, segundo seu pensamento, gravadas na lei escrita. Assim, o que não estava na lei poderia ser buscado apenas na analogia (*analogia legis*) e nos princípios gerais de Direito e, caso mesmo assim não fosse encontrada uma resposta ao caso concreto,⁶ a solução seria a improcedência da demanda, inadmitida que era a existência de lacunas na lei, perfeita por natureza. Quando o texto da lei não fosse claro o suficiente, dever-se-ia recorrer à vontade do legislador (interpretação lógica), igualmente interpretada gramaticalmente com base nos trabalhos preparatórios à sua edição. Esclarecendo tal procedimento, assim ensina IARA MENEZES LIMA:

Na sua atividade de reconstituir a *voluntas legislatoris*, o intérprete tomava o texto legal como uma proposição e procurava desdobrá-lo em todas as suas implicações, obedecendo às regras da lógica. Ele se valia do emprego de regras e argumentos lógicos, tais como, por exemplo, os argumentos *a contrario sensu*, *a pari* ou *a simile*, *a maiori ad minus*, *a minori ad maius*, *a fortiori*, entre outros e as regras *ubi lex non distinguit, nec interpret distingere potest*; *odiosa restringenda*, *benigna amplianda*; *accessorium sequitur principale*, *specialia generalibus insunt*, entre outras.⁷

É óbvio que tal linha de pensamento veio ao encontro dos interesses que então reinavam; se, antes de tomar o poder, a burguesia ia buscar o Direito supremo no plano superior à lei, a partir do momento que esta, plasmada no *Code Civil*, passou a ser de sua própria autoria, nada mais cômodo que compreender todo o Direito Natural transposto para o texto impresso.

O método desta Escola possibilitava ao juiz apenas argumentar sobre os fatos que iriam se subsumir – ou não – ao texto legal, caracterizando-os com certa liberdade. Já no que tocava à lei em si, como visto, não lhe era permitido ultrapassar a interpretação gramatical, atendo-se ao nível da sintática do texto. Nada de valorações extraleais: o juiz seria apenas a *bouche de la loi*. Logo, o método da Escola da Exegese se caracterizava por uma forte lógica formal dedutivista, na medida em que a lei era aplicada, matematicamente, por simples subsunção. Neste cenário, a lei escrita era considerada um dogma, o que propiciava um total rompimento com o passado pré-revolução.

Há de se atentar que três são os *fundamentos teóricos* que justificam a Escola da

5 Nos estreitos limites desta trabalho, não há como submergir à profundidade reclamada por uma exaustiva análise do jusnaturalismo. Apenas se esclareça, aqui, que o jusnaturalismo era a corrente que reputava existente um Direito eterno, imutável, perfeito e universal. Tal corrente pode ser dividida no jusnaturalismo propriamente dito, para o qual tal Direito Natural emanava de Deus, e o jusracionalismo, que reputava o Direito Natural residente na Razão, gravado, portanto, na mente dos homens e transportado, com a codificação, para a *lex scripta*.

6 A *simile* do que se passa com os casos difíceis (*hard cases*), denominação não existente na época.

7 LIMA, Iara Menezes. Escola da exegese. *Revista Brasileira de Estudo Políticos*, v. 97, p. 105-122, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55/53>>. Acesso em: 10 out. 2016.

Exegese: 1) uma imagem política da lei escrita (no sentido de preeminência e exclusividade das leis emanadas do Estado, com exclusão de normas de índole religiosa, moral, etc.); 2) uma imagem filosófica jusnaturalista

(consideração dos textos legais como representação de um Direito natural-racional superior e metafísico, pregação esta advinda do jusnaturalismo iluminista); e 3) uma imagem cultural da forma codificada dessa lei escrita (os códigos representavam o Direito e sua unidade).⁸ Diante de tal cenário, para a Escola da Exegese, segundo CASTANHEIRA NEVES, “a lei é não só a única fonte do direito como ainda o critério normativo-jurídico exclusivo”.⁹

Observe-se que o conceito de Direito proposto pela Escola da Exegese – em que o Direito identifica-se com a lei escrita – condiciona o método de interpretação e aplicação a ser levado a efeito

pelo juiz – que devia reduzir sua atividade interpretativa aos textos legais e, quando estes resultassem obscuros ou a eles não se subsumisse, com exatidão, os casos concretos, deveria recorrer à vontade do legislador.¹⁰

8 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 34.

9 CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2, p. 184, *apud* SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 34.

10 Interessante notar que na Alemanha – cuja codificação, com a edição do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) em 1900, ocorreria muito após a publicação do *Code Civil* francês em 1804 – vigorava uma escola de pensamento similar à Escola da Exegese: tratava-se do Pandectismo, cujo principal representante foi Bernhard Windscheid (com sua obra *Lehrbuch des Pandektenrechtes*), fundado no estudo das pandectas, ou seja, a segunda parte do *Corpus Iuris Civilis*, de modo que era o Direito Romano que parametrizava a

III. Escola Histórica do Direito

A Escola Histórica, que teve em SAVIGNY¹¹ seu principal corifeu, surgiu como uma resposta contra o racionalismo iluminista albergado na Escola da Exegese. Partindo da concepção de que o Direito é produto da história, a linha de pensamento por ela inaugurada positiva uma compreensão do Direito – ou seja, um enfrentamento do fenômeno jurídico –, em que o Direito é resultado do *espírito do povo* (*Volksgeist*), encontrando aí sua fonte originária. Reclama, assim, como argumenta REALE, “uma visão mais concreta e social do Direito, comparando-o ao fenômeno da linguagem, por terem surgido ambos de maneira anônima, atendendo a tendências e a interesses múltiplos revelados no espírito da coletividade ou do povo”.¹² Importante também fazer referência à doutrina de VICO, plasmada em seu escrito *De nostri temporis studiorum ratione*, que sem dúvida alguma se erigiu em fonte de inspiração a esta tomada de consciência metodológica, conforme pode-se extrair de sua concepção

interpretação e aplicação dos direitos locais na Alemanha, a implicar, como a Escola francesa, uma dogmatização do Direito, com seu hermético fechamento à realidade e aos valores subjacentes.

11 Duas fases caracterizam o pensamento savigniano: na primeira, de sua juventude, Savigny identificava o Direito com a legislação: “Em contraposição com o primado do costume que defenderá ulteriormente, SAVIGNY equipara ainda no seu curso o Direito positivo ao Direito legislado” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 10); na segunda fase, inaugurada com o escrito *Vom Beruf unserer Zeit* elegerá o *espírito do povo*, expressado nos costumes, como o fundamento do Direito, ao qual a lei escrita (e sua interpretação) deverá conformar-se mediante o processo intuitivo que lhe capte o sentido e alcance global.

12 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, p. 422. Este autor observa que, em razão desta concepção do fenômeno jurídico, Savigny opôs-se a Thibaut no elaborar-se um Código Civil alemão, ao argumento, trazido em sua obra “Da Vocação de nosso Tempo para a Legislação e a Jurisprudência”, de que apenas quando uma nação atingisse sua plena maturidade enquanto nação, quando atingisse, por assim dizer, tal momento culminante, é que se poderia falar em codificação, asseverando que a Alemanha, naquela época, ainda não teria se firmado verdadeiramente como Nação. No embate Savigny-Thibaut, acabou, finalmente, vencendo o último.

do *sensus communis*, esse conceito tão caro ao humanismo, exposta por GADAMER:

[...] *sensus communis* não significa somente aquela capacidade universal que existe em todos os homens, mas é também o sentido que institui comunidade. Vico acredita que o que dá diretriz à vontade humana não é a universalidade abstrata da razão, mas a universalidade concreta representada pela comunidade de um grupo, de um povo, de uma nação, do conjunto da espécie humana.¹³

Sob a luz de tais diretrizes, o *espírito do povo* é constituído, segundo a concepção dessa Escola, pelos costumes históricos e culturais do povo. Importante referir que tais costumes atinam a *cada* povo, porquanto há de serem reconhecidas as diferenças culturais que impedem a concepção metafísica do *Volksgeist*, justamente em razão da ausência de homogeneidade cultural. O povo europeu, por exemplo, não apresenta o mesmo espírito – ou seja, a mesma consciência comunitária – que o oriental, havendo discrepâncias até mesmo entre os países componentes da própria Europa. Assim, o Direito é concebido como manifestação cultural e histórica inerente a *cada* povo, individualmente considerado em suas peculiares formações. Cultura e história, portanto, passam, com a Escola Histórica, a constituírem os fatores componentes do Direito, seus fundamentos últimos, condicionantes e determinantes, estando o elemento cultural ligado às tradições e o elemento histórico à evolução do *ethos* inerente a cada geração. Os costumes, em que refletidas a cultura e a história, nasceriam de *formas de conduta* que, sendo de impossível gênese dedutiva – ou seja, não exsurgindo a partir de normas abstratas e genéricas, provenientes da *razão* –, originavam-se de um sentimento e de uma intuição imediatos, *práticos*, frutos de uma *necessidade intrínseca* que imporia sua obser-

vância por toda a comunidade e se expressaria nas *relações de vida* ulteriormente tipificadas pelo Direito, tais como o matrimônio, a *patria potestas*, a propriedade imobiliária e a compra e venda. Tais relações de vida constituiriam os *institutos jurídicos*,¹⁴ os quais deveriam ser intuídos pelo legislador quando de sua transposição para a dimensão normativa. Como explica LARENZ, citando trechos do próprio SAVIGNY:

Não são as regras jurídicas que, no seu complexo, produzem os institutos jurídicos, antes [...] são essas regras que, por “abstração” [...], se extraem “artificialmente” da “intuição global” dos mesmos institutos (considerados no seu “nexo orgânico”) [...]. “Sem prejuízo de toda a conformação e elaboração conceptual”, é pois, “na intuição do instituto jurídico” que as regras encontram “o seu último fundamento” [...].¹⁵

A superação da Escola da Exegese, operada com a Escola Histórica, radicou-se principalmente na substituição do elemento textual (sintático) das normas, identificado com a vontade racional do legislador, pelos fundamentos históricos das normas, resultantes do *espírito do povo*, traduzido este, como adiante se verá, pela mão dos juristas com esteio em textos históricos.

Obviamente que aludida concepção, como não poderia deixar de ser, teve de estabelecer seus métodos de interpretação e aplicação do Direito.

A pesquisa encetada pela Escola Histórica incidia sobre a formação histórica dos costumes e dos institutos jurídicos, de modo que sua investigação direcionava-se àquela que era considerada a fonte por excelência do Direito: os costumes. Toda a interpretação do Direito positivo tomava

13 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 8. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. São Paulo: Vozes, 2007, p. 57-58.

14 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 13.

15 *Ibidem*, p. 13.

como parâmetro os costumes, que deveriam ser seu fundamento último. A partir da distinção entre o texto da lei e a história a ele subjacente, SAVIGNY propunha, quando não se verificasse, entre um e outro, a adequada isomorfia, que a interpretação promovesse o ajuste do “sentido do texto da lei ao sentido intuído por meio da compreensão histórica de um instituto jurídico”.¹⁶ Em outras palavras: o sentido da lei devia ser buscado no instituto jurídico – historicamente revelado nos costumes e (parcialmente) transposto pelo legislador, mediante o processo de tipificação, para a lei escrita – que lhe fosse próximo, de modo que competia ao intérprete/aplicador da lei a tarefa de ajustar esta última, na parte em que não se verificasse exata correspondência ao instituto, ao sentido global deste.¹⁷ O modo de realização desta tarefa metódica acabou, na prática, por lastrear-se na perquirição acerca da história do instituto, o que era feito mediante o exame de textos jurídicos históricos, como os legados pelo Direito Romano. Talvez este seja um dos mais frágeis pontos da Escola Histórica, na medida em que a história objetivada em sua investigação acabou sendo aquela plasmada em textos jurídicos e não, propriamente, no *espírito do povo*, que justamente lhe serviu de *leitmotiv*, afastando-se da concepção que lhe era originariamente cara, talvez por não ter SAVIGNY conseguido demonstrar, como nos aponta LARENZ, o trânsito da intuição do instituto jurídico para a regra abstrata e desta para a intuição originária, o que acabou

por resultar na ausência de eficácia de sua metodologia.¹⁸

Tomando como parâmetro tal quadrante, a Escola Histórica viu-se na contingência de elaborar métodos de interpretação que lograssem o desvelamento e o ajustamento entre o texto legal e os antecedentes históricos respectivos. Os métodos racionais por ela encontrados plasmam-se na interpretação *gramatical*, *lógica*, *histórica* e *sistemática*, posteriormente acrescida, por obra de JHERING, da interpretação *teleológica*. A *interpretação gramatical* prende-se ao exame sintático dos textos, partindo e terminando na análise dos elementos verbais que lhe dão suporte significativo. A *interpretação lógica* busca a orientação da resolução dos casos concretos tomando-os como parâmetro de investigação entre o quanto nelles narrado e o quanto positivado no Direito costumeiro.¹⁹ A *interpretação sistemática* corresponde à compreensão das proposições normativas lidas conjuntamente com as demais proposições a ela relacionadas e que com ela formam um todo sistêmico. Por *interpretação histórica*, por seu turno, há de se compreender aquela que busca pelo sentido histórico de determinada proposição jurídica, i.e., interessa-se pelo *ser* dos antecedentes históricos incorporados na proposição, que vão se constituir, como dito, em textos antigos,²⁰ como os extraídos do Direito Romano. Posteriormente acrescentou-se, por obra de JHERING, o elemento *teleológico*, que é aquele que vai direcionar sua luz à finalidade da norma, aos seus fins.

16 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 65.

17 Resumindo, tudo se passaria da seguinte maneira: a comunidade, mediante as práticas comuns, consolidava costumes, em que refletidos institutos jurídicos; o legislador, tomando estes costumes, captados pela intuição, como fontes do Direito, conferia-lhes tipicidade mediante a edição de normas. Mas, diante da ausência da integral isomorfia entre o instituto jurídico e a lei escrita, competiria ao intérprete/aplicador ajustar a lei ao instituto, captado, este, mediante procedimento intuitivo. A intuição seria operada, num primeiro momento, pelo legislador, partindo dos institutos para a norma, e, num segundo momento, pelo aplicador, partindo da norma para os institutos e retornando à norma.

18 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 14.

19 Lembre-se, aqui, que o objeto último de pesquisa do Direito não é o texto legal propriamente dito, como na Escola de Exegese, mas a fonte (histórica) destes textos, a partir da qual estes deveriam ser interpretados e ajustados, de modo que é o espírito dos textos que serve de parâmetro e não os textos em si. E tal espírito é, justamente, o Direito tido por costumeiro, porque baseado no histórico cultural das tradições.

20 E não em uma história material, no espírito do povo genuinamente considerado em sua dimensão ontológica, que deveria ser o natural corolário das preocupações ideológicas da Escola Histórica.

De tal quadro desenlaça-se método de interpretação e decisão jurídica que vai se parametrizar na proposição jurídica extraída do espírito do povo, naquele sentido histórico (não material ou ontológico) antes visto. Todavia, segundo a concepção dogmática da Escola Histórica, a interpretação das normas deveria ser empreendida pelos juristas, com base nos métodos por ela propostos, enquanto que ao juiz restaria, sob a apreciação argumentativa de cada caso concreto, subsumir este à interpretação conferida pela doutrina. No caso de lacunas, a decisão deveria, sempre, tomar como parâmetro, mediante *integração por analogia*, os arquétipos históricos dos institutos jurídicos semelhantes, formando novos arquétipos, novos institutos – quando em pauta relações jurídicas novas, não previstas nos textos legais –, ou os institutos afins já existentes, quando se tratasse de relação jurídica adrede prevista e de questão jurídica nova.

A concepção de Direito e os métodos empregados pela Escola Histórica, não obstante suas conquistas, mantiveram intacta uma dogmática não condizente com o dinamismo do fenômeno jurídico, na medida em que apenas substituiu o parâmetro da Escola da Exegese (razão do legislador, expressada nos textos legais) por parâmetro igualmente dogmático (históricos de institutos jurídicos traduzidos pela doutrina), daí resultando a insuficiência de ambas as Escolas para o correto enfrentamento do Direito diante das múltiplas manifestações da realidade concreta da vida.

IV. Jurisprudência dos Conceitos (PUCHTA)

A Escola Histórica evoluiu, com PUCHTA,²¹ para a Jurisprudência dos Con-

ceitos (*Begriffsjurisprudenz*). Enquanto a primeira substituiu o texto legal – expressão da razão iluminista – pelo significado dos institutos jurídicos historicamente encontrados pela doutrina, a última substituiu a revelação histórica dos institutos jurídicos pela relação formal entre as proposições jurídicas. Como verbaliza KARL LARENZ, PUCHTA:

[...] abandonou pois a relação, acentuada por SAVIGNY, das “regras jurídicas” com o “instituto jurídico” que lhes é subjacente, em favor da construção conceptual abstrata, e colocou, no lugar de todos os outros métodos – e também no de uma interpretação e desenvolvimento do Direito orientados para o fim da lei e o nexos significativo dos institutos jurídicos –, o processo lógico-dedutivo da “Jurisprudência dos Conceitos”[...].²²

A Jurisprudência dos Conceitos, no pensamento de PUCHTA, manteve, como fundamento do Direito, ou seja, como sua fonte, o espírito do povo ao modo de SAVIGNY; todavia, ao operacionalizar sua metodologia de enfrentamento do fenômeno jurídico, substituiu a referência à intuição intencionalizada ao sentido dos institutos jurídicos pela conexão estabelecida entre os conceitos, daí resultando seu método de enfrentamento do Direito que, por conseguinte, estruturou-se sobre a investigação lógico-dedutiva dos conceitos, ordenados em forma piramidal (que viria a ser conhecida *genealogia dos conceitos*). Assim, cada conceito encontrava seu fundamento em um conceito superior e mais abstrato, até chegar ao topo da pirâmide, onde o nível de abstração atingido permitia o defrontamento com o conceito mais geral, residindo neste o fundamento e elucidação de todo o restante.

²¹ Adiante-se que, além de Puchta, outros representantes há desta linha de pensamento, cada qual sedimentando sua metodologia com base na estrutura proposta pela jurisprudência conceitual, a exemplo do Jhering da primeira fase, Windscheid e outros, cujo estudo fugiria da proposta sumária do presente texto. Para o aprofundamento no

pensamento destes autores, consulte-se a obra de Karl Larenz (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 29 e seguintes).

²² *Ibidem*, p. 28-29.

Cabe aqui explicar a razão de tal construção sistêmica elaborada pelo pensamento de PUCHTA.

O ponto central da estrutura do Direito desenhada pelo mencionado jurista parte da ideia de sistema, cara ao idealismo alemão, que pode ser compreendido como a *multiplidade na unidade* mediante a formação de um todo coeso de sentido. É na unidade que reside o espírito sob cujos raios se formarão os demais componentes do sistema. A questão é: como atingir o conhecimento da unidade? SCHELLING, HEGEL e outros deram diferentes respostas a esta questão, mas o que prevaleceu na Jurisprudência dos Conceitos foi a lógica formal, segundo a qual se desenhou a pirâmide de conceitos acima referida. O conceito mais abstrato, posicionado no vértice da pirâmide, é aquele ao qual se subsumem todos os demais conceitos, o que confere unidade de sentido ao sistema jurídico. O exemplo dado por PUCHTA, referido por LARENZ, é fundamental para a compreensão desta sistemática:

Como exemplo dessa “escala conceitual” apresenta ele o conceito de servidão de passagem, que, num primeiro plano, será um direito subjectivo e, “por conseguinte, um poder sobre um objecto”; num segundo plano, um direito “sobre uma coisa” ou, como nós diríamos um direito real; depois, “um direito sobre coisa alheia, e, por conseguinte, uma sujeição parcial desta última”; noutro plano ainda, como a particular espécie desta sujeição da coisa é o uso, dir-se-á que a servidão de passagem pertence “ao gênero dos direitos de uso sobre coisas”, e assim sucessivamente.²³

Quando presentes proposições jurídicas sobre as quais, diversamente do exemplo da servidão, não haja qualquer prévio conhecimento, sustenta PUCHTA que, em casos

tais, pode-se afirmar que cada conceito autoriza afirmações certas, corretas, sobre seu sentido, de modo a daí deduzir-se o conteúdo dos conceitos seguintes, piramidalmente escalonados.²⁴

Outra questão importante é a atinente ao conteúdo do conceito superior, uma vez que referenciar tal conceito aos demais componentes do sistema resultaria num círculo vicioso. Segundo PUCHTA, aquele conteúdo procede da filosofia do Direito, o que franqueia à Jurisprudência dos Conceitos a abertura para fatores extrapositivos.

A interpretação e a aplicação do Direito, portanto, resultantes desta sua estruturação sistemática-piramidal-conceitual, cingia-se à uma estrita operação de lógica formal mediante a análise não sintática dos textos – nem histórica – mas conceitual: no lugar do texto verbalizado e das razões históricas, os conceitos punham-se como o *leitmotiv* nuclear do sistema, constituindo-se no material que deveria ser operado pelo intérprete/aplicador do Direito em seu mister.

Assim como as Escolas anteriormente examinadas, a Jurisprudência dos Conceitos manteve-se mais apegada à razão teórica que à razão prática, mantendo um método de enfrentamento do Direito incapaz de lidar com a multifacetada amplitude do mundo concreto. Ademais, mais que nunca, tal linha de pensamento abriu as portas para a elaboração do positivismo normativista que estaria ainda por vir.

24 “A ideia de PUCHTA é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações (por ex., o conceito de direito subjectivo é de que se trata de ‘um poder sobre um objecto’); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele ‘forçosamente’ todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior (para o crédito como uma espécie de direito subjectivo, significa isto, por ex., que ele é um ‘poder sobre um objecto que esteja sujeito à vontade do credor e que se poderá então vislumbrar, ou na pessoa do devedor, ou no comportamento devido por este último’.” (*Ibidem*, p. 25).

23 *Ibidem*, p. 24-25.

V. Movimento do Direito Livre

Fruto do irracionalismo dos fins do século XIX (SCHOPENHAUER, NIETZSCHE e BERGSON), o Movimento do Direito Livre foi o representante desta postura dentro do fenômeno jurídico. Como precursor, pode-se citar o escrito de OSCAR BÜLOW, *Gesetz und Richteramt* (“Lei e Função Judicial”), que já lançava as sementes que serviriam de lastro teórico ao Movimento. Também pode ser mencionada a conferência realizada por EUGEN EHRLICH em 1903, em que realçada a importância da *livre investigação do Direito* como condição de possibilidade para o achamento do *Direito justo*, no sentido de STAMMLER.²⁵

25 O pensamento stammleriano é complexo e, para melhor compreender sua doutrina do Direito Justo, faz-se mister sumariar, ainda que minimamente, sua linha de pensamento, sem, contudo, esgotá-la, considerados os limites impostos por este trabalho.

Stammler, como neokantiano da Escola de Marburgo, edifica seu pensamento jurídico visando o transporte da teoria do conhecimento desenvolvida por Kant em sua “Crítica da Razão Pura ao Direito”. Assim, defende que nossas ideias acerca do Direito pressupõem necessariamente categorias *a priori* que conferem à nossa consciência estruturas já previamente ordenadas à compreensão no tocante à forma jurídica.

Stammler distingue matéria e forma, dizendo que a consciência só apreende aquilo que já conta com prévia forma dentro dela. Em outros termos, a matéria apreendida pelos sentidos só é decodificada pela consciência porque nesta já residem determinadas estruturas que lhe possibilitam o conhecimento, sendo possível abstrair-se toda matéria sensorialmente captada e observar a forma isoladamente. Stammler distingue formas de pensamento condicionadas e formas de pensamento puras, as primeiras a significar algum conteúdo condicionado pela matéria e as últimas, a identificar-lhes o gozo de uma validade incondicionada *a priori* (ou seja, com os princípios *a priori* no sentido de Kant).

As ideias jurídicas correspondem à forma pura, asseverando Stammler que já se acham na consciência determinadamente ordenadas e independentes de qualquer matéria mutável e cambiante, constituindo-se em diretrizes do pensamento jurídico e que possibilitam que este pensamento como tal se qualifique. A unidade destas formas puras encontra-se no conceito de Direito. O conceito de Direito é que qualifica uma matéria como sendo jurídica. Stammler diz que encontrar este conceito e com ele os conceitos fundamentais puros do Direito é a missão da filosofia crítica do Direito (*Ibidem*, p. 116).

Alicerça Stammler sua concepção pela distinção de dois modos de pensamento: um, radicado no “perceber”, outro, no “querer”. A percepção recai sobre fenômenos causais dirigidos pela lei de causa e efeito, caracterizada

Importante também – e responsável pelo

pelo condicionamento do efeito, momento ulterior do acontecimento, a uma causa, momento anterior. O querer, ou seja, a vontade – que não deve jamais ser tomada em um sentido psicológico –, incide sobre a relação de meio e fim, caracterizada, por sua vez, pelo condicionamento do fim – que é ulterior – ao meio, que se constitui no momento anterior. Com isto aparta Stammler ciência causal ou da natureza, referenciada ao perceber, da ciência final, alusiva ao querer, atribuindo ao Direito, que é um modo de querer, a qualidade de ciência final.

Assim, defende Stammler que, na medida em que o querer é tão ínsito à natureza humana quanto o perceber, há de se erigir uma ciência final, a qual desfrutará de sua lógica própria, com isto alcançando-se a plena autonomia do Direito face às ciências da natureza.

Os fins para Stammler não coincidem com os imaginados por Jhering: enquanto este tinha em mente uma realidade empírica, Stammler enxerga nos fins apenas modos de pensamento (lembre-se de que ele parte da teoria do conhecimento de Kant, transportando-a ao Direito).

Stammler dirige, então, sua atenção à construção dos conceitos jurídicos. Põe de um lado os conceitos puros do Direito, que são aqueles formais incondicionados por qualquer matéria, sendo formas puras *a priori* do pensamento. De outro lado coloca os conceitos condicionados, que são aqueles obtidos mediante processo de abstração promovido sobre um Direito historicamente posto. Tal abstração importa em reduzir os conteúdos de vontade domiciliados materialmente neste Direito dado apenas ao que é comum na pluralidade dos fenômenos, abstraindo-se tudo o que for diverso. De posse do material resultante desta operação, à medida que tal material é submetido ao conceito de Direito e aos conceitos fundamentais puros – que servem como “transformadores”, como estruturas mentais que os captam de uma determinada forma –, obtêm-se conceitos superiores e inferiores, que entre si mantêm uma relação de gênero e espécie e que deverão ser ordenados construtivamente em um todo unitário, o que é feito através da determinação dos conceitos inferiores de modo a referenciar os superiores a uma relação de condicionamento aos conceitos fundamentais puros, que os determinam. A matéria que contém os fins – registre-se que a matéria é indissociável dos conceitos condicionados, diversamente do quanto ocorre com os conceitos puros, formais, sem matéria que se lhes submeta – deve ser ordenada de modo a propiciar a ascensão ao “conceito central de Direito” (*Ibidem*, p. 119).

Stammler sustenta, a seguir, que a ciência do Direito não acrescenta nada à matéria objeto de seu conhecimento, limitando-se a uma atividade reprodutiva do dado. Ocorre que, ao lado deste modo de enfrentamento do fenômeno jurídico, Stammler vislumbra uma *praxis do Direito justo*, criadora. Sustenta que todo pensamento – e o Direito, em sua concepção, é um pensamento – está atrelado à justiça. Entrevê-se de seu pensamento que se trata de uma exigência lógica. No que toca ao Direito especificamente, propugna que a ideia de justiça equivale a uma unidade celular em que todos os conteúdos da consciência alinhem-se em harmoniosa conjunção. É dizer: justo é o querer jurídico que não contradiz os demais querer jurídicos, com estes mantendo uma relação de integridade. Com

subjetivismo característico da teoria – foi o escrito de GNAEUS FLAVIUS, pseudônimo de HERMAN KANTAROWICZ, surgido em 1906, onde se defendia, ao lado do Direito estatal, o Direito livre, produto da vontade.²⁶

O Movimento do Direito Livre surgiu dentro do contexto da Revolução Industrial, a qual propiciou o estabelecimento de situações e relações jurídicas cuja complexidade inaugurava um novo tempo, surpreendendo o operador do Direito com questões jamais antes divisadas e para as quais o problema das lacunas, que antes já se constituía em uma inescapável realidade, assumiu proporções assaz significativas. Diante de tal quadro, a lógica formal do racionalismo iluminista, com o excessivo apego ao texto da lei, já não conseguia fornecer respostas a todos os problemas que os casos concretos reclamavam. Foi neste cenário que apareceu o Movimento em tela, com sua proposta de rompimento com o racionalismo até então vigorante.

Sucedem-se que se trata de Movimento *sui generis*, no sentido de que traz muitas dificuldades a par de suas vaguezas e ausência de critérios, certamente gerados pela própria filosofia por ele abraçada, consistente na total liberdade da criação jurídica, o que torna até mesmo imprópria sua qualificação como “Escola”.

Não obstante toda essa fluida imagem exteriorizada por essa linha de pensamento, é possível identificar uma mínima ontologia na apreciação do que seja o fundamento de Direito para o Movimento: seria a *consciência da justiça*.²⁷ Contudo, até mesmo em função da ideologia perfilhada pelo Movimento do Direito Livre, o conteúdo desta consciência de justiça restou indeterminado.

Em suma, o que propugnava o Movimento era a abertura do Direito, uma vez que, segundo sua concepção, o Direito não se limitava à lei escrita, sendo resultado da criação judicial, a qual, por sua vez, tomava como parâmetro o caso concreto, o sentimento de justiça e a intuição em substituição à dedução lógico-formal proclamada pela Jurisprudência dos Conceitos. O texto legal, neste contexto, era apenas um dos elementos, uma referência, ao qual se deveria adicionar aqueles estratos retirados do entorno material da decisão, tais como as exigências sociais. Para tanto, obviamente restou delineada uma metodologia que, ainda que dotada de certa vaguidão – posto que desenhada com tintas cambiantes –, contemplava métodos próprios ao conceito de Direito perfilhado pelo Movimento. Assim, a decisão poderia ser até mesmo *contra legem*, o que se buscava justificar, a exemplo do que propugnava KANTAROWICZ, a partir de situações tais como a ausência de inequívoca resposta plasmada na lei ou desconformidade do texto legal com a intenção do legislador caso estivesse este diante da especificidade do caso concreto. HERMANN ISAY era um dos que defendiam uma interpretação e aplicação do Direito na qual o juiz, movido por seu sentimento de justiça, escolheria a decisão mais justa para o caso concreto, para, após, encontrar o fundamento legal que se adequasse ao quanto decidido. É certo que ISAY acaba por restringir sua teoria ao exigir que a decisão encontrada emocionalmente “se sujeite ao controle das normas e, sendo o caso, seja rectificadora com base nas normas”,²⁸ mas não menos certo é que este mesmo jurista justificava uma decisão *contra legem* quando presente “lesão especialmente grave do sentimento jurídico”.²⁹ Esta virada radical ao voluntarismo, com a concessão de tão vasta latitude decisionista ao intérprete e aplicador do Direito, operou-se justamente com o antes

efeito, o Direito justo não é algo considerado de *per se*, mas apenas em relação ao sistema jurídico em seu todo, pois o critério de justeza referencia-se ao conjunto dos “quereres” que o compõem.

²⁶ *Ibidem*, p. 77-83.

²⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 87-88.

²⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 81.

²⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 91.

referido escrito de KANTAROWICS, posto que, consoante o pensamento de BÜLOW ou mesmo de EHRLICH, a subjetividade reconhecida à decisão judicativa deveria encontrar limites em sua objetiva justificativa legal.

Os métodos adotados pela concepção de Direito por parte do Movimento do Direito Livre são, pode-se mesmo dizer, fluidos e não catalogáveis, na medida em que permitem ao intérprete e ao aplicador da lei amplíssima margem de liberdade para decidir com base em seu sentimento jurídico e em sua intuição, o que se dá, justamente, em razão da vagueza e fluidez com que as suas teses trabalham o próprio conceito de Direito, havendo uma intrínseca mistura entre lei e decisão como suas fontes. Disto se extrai que, quanto menos substancial for o fundamento jurídico, ou seja, a ontologia do Direito – o que tem a ver diretamente com suas fontes –, menos substanciais e precisos resultarão os respectivos métodos, o que, uma vez mais, só vem a demonstrar a estreita relação e condicionamento existente entre a concepção de Direito e sua metodologia.

VI. Jurisprudência dos Interesses

Datada do início do século XX, a Jurisprudência dos Interesses contrapôs-se tanto à Escola da Exegese quanto à Escola Histórica, propugnando a abertura do Direito com vistas à sua substância, radicada nos interesses. Teve em PHILIPP HECK seu precursor, que tomou por fonte de inspiração, por seu turno, a teoria dos fins do direito difundida por JHERING e a do utilitarismo, elaborada por BENTHAM.³⁰

³⁰ A concepção que Ihering elabora em sua obra “A Finalidade do Direito” vislumbra o fenômeno jurídico sob um prisma eminentemente prático, buscando seu sentido e seus fundamentos na esfera do real. Este, por sua vez, é gravado pelo signo da luta de interesses, o que significa dizer que o Direito é o resultado desta luta, encontrando aí sua fonte de formação. Por sua vez, os interesses em tensão são determinados por fins, de onde resulta, na concepção do insigne jurista germânico, que o fim é o verdadeiro criador

O conceito de Direito esquematizado pela Jurisprudência dos Interesses tinha como ponto de partida os interesses como conteúdo finalístico das normas jurídicas. A expressão “interesse”, todavia, guardava certa vaguidão quanto à sua substância, ora entendendo-se como correspondendo ao “fator causal” da motivação do legislador, ora como objeto de valoração por este empreendido, ora, ainda, como critério de valoração.³¹

Fato é que se pode, de uma forma geral, afirmar que os interesses corresponderiam às expectativas da sociedade, ou forças sociais, resguardadas pelo legislador e inspiradoras dos textos legais, de forma que os preceitos jurídicos não seriam mais que o resultado destes interesses ou, melhor dizendo, corresponderiam aos efeitos cujas causas seriam os interesses sociais.³² Dentro desta concepção de Direito, portanto, é que vai a *Interessenjurisprudenz* estruturar todo o seu arcabouço metodológico, tomando o texto legal como produto dos interesses, a ultrapassar a dimensão sintática, tão cara à Escola da Exegese, para lograr o atingimento dos fins abrigados por detrás das palavras expressadas no texto. O Direito é, portanto, no conceito a ele conferido por esta Escola, o instrumento em que deverão restar protegidos os legítimos interesses da sociedade, bem como resolvidos os conflitos existentes entre tais interesses. Mais: é a lei que vai selecionar os interesses que merecem proteção, apartando-os daqueles que não o merecem. A lei, portanto, “é uma decisão valo-

do Direito. Já o utilitarismo de Jeremias Bentham radica-se no princípio da utilidade, segundo o qual o julgamento de toda e qualquer ação deve levar em conta o aumento ou redução do bem-estar por esta ação promovidos. Útil, portanto, é toda ação que garante o maior bem-estar.

³¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 163.

³² Daí a afirmação do Direito como ciência, na medida em que, se para o rigor da ciência a investigação deveria incidir na relação causal, tal fenomenologia também se poderia verificar no Direito tal como propugnado pela Jurisprudência dos Interesses, posto que as regras jurídicas seriam efeitos causados pelos interesses da sociedade, reconhecidos pelo legislador.



rada de um conflito de interesses”, para usar a expressão de CASTANHEIRA NEVES.³³ Pode-se dizer também: os interesses constituem o substrato da norma que a conexiona com a realidade. Com efeito, se para a Escola da Exegese a substância do Direito seria a vontade racional do legislador plasmada nos textos normativos; para a Escola Histórica, o *Volkgeist* expressado na dogmática jurídica; para a Jurisprudência dos Conceitos, a relação sistemática entre os conceitos, a referir o Direito a uma estrutura lógico-formal cuja realidade adstringia-se nas relações, no plano puramente teórico, dos conceitos; e para o Movimento do Direito Livre, a consciência do justo; para a Jurisprudência dos Interesses são os interesses que constituem o conteúdo do Direito. Conteúdo, este, que não tem toda a sua extensão residente no texto legal ou no sistema conceitualmente estruturado, nem em uma ultrasubjetiva ideia de justiça por parte do juiz, mas, isto

sim, encontra-se referenciado na realidade social captada pelas normas. Segundo seu principal idealizador, HECK, as leis são “as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento”.³⁴

Consigne-se que é a *finalidade do Direito* – objeto da pesquisa do legislador no elaborar das leis e da pesquisa do intérprete e aplicador na realização prática do Direito – que servirá de elemento norteador da identificação dos interesses legítimos e ilegítimos, residindo aí, em tal finalidade, a racionalidade do Direito. A identificação dos fins, portanto, passa a ser o parâmetro de controle da aplicação (racional) do Direito. Com isto, pretendeu a *Interessensjurisprudenz* conciliar a razão teórica com a razão prática.

Sob a perspectiva metodológica, a Jurisprudência dos Interesses distingue o texto da lei (dimensão sintática do Direito) da dimensão material dele extraída, e que vai se identificar, justamente, com os interesses que levaram o legislador, em atendimento aos fins do Direito, a elaborar a norma. Tal postura importava em uma interpretação e aplicação da lei não apegadas ao jogo sintático arranjado nas palavras expressas no texto legal, razão pela qual, diante dos casos concretos, a letra da lei cedia lugar aos interesses que a inspiraram, numa *interpretação corretiva* de modo a valorizar mais seu sentido que sua forma, de maneira que só se poderia falar de uma interpretação *contra legem* ao nível sintático, mas nunca ao nível teleológico.

Os casos concretos, por seu turno, com seus conflitos de interesses, eram objeto de uma interpretação que os reconstruía à luz de seu exame sociológico, de forma que o produto desta interpretação, da qual resultava uma reconstrução do caso, era subsumido

33 CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2, p. 225.

34 *Apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 65.

aos interesses albergados na lei.³⁵ Com efeito, a *matéria* que se procurava extrair do caso concreto, sob luz sociológica, consistia nos interesses em jogo, i.e., em sua identificação, a fim de que, a partir daí, se pudesse trabalhar com os olhos voltados para os interesses abrigados no texto legal, em uma circularidade recíproca de implicação da qual resultaria a subsunção ou o reconhecimento da não subsunção,³⁶ o que poderia, em qualquer caso, reclamar o lançar mão da interpretação corretiva antes referida, sempre com a intencionalidade voltada aos interesses, cuja legitimidade ou ilegitimidade seria conhecida em atenção aos fins do Direito. É na finalidade, portanto, que vai radicar o critério de decisão – a conferir substrato racional à operação –, alicerçado, por sua vez, sobre os interesses então identificados.³⁷

Nos casos lacunosos, em que o legislador não previu determinados interesses

para protegê-los com o manto legal, o método encontrado pela *Interessenjurisprudenz* consistia na analogia entre os interesses do caso concreto e os interesses similares, juridicamente protegidos, o que de tudo apartava seu método de integração daquele proposto pela Jurisprudência dos Conceitos: enquanto esta última propunha que a operação analógica far-se-ia mediante a extração dos conceitos jurídicos de novas proposições jurídicas não legalmente explicitadas – a que HECK chamou de “método da inversão” –, a Jurisprudência dos Interesses preconizava raciocínio analógico que tomava os interesses, i.e., o conteúdo material da lei, como parâmetro de identidade, defendendo o alargamento significativo das regras expressas nos textos legais a fim de que estas passassem a abranger aqueles interesses nelas não domiciliados, mas cujo reconhecimento era impositivo face à finalidade do Direito, que, por sua vez, era obtida mediante o exame do caso concreto. Conectada com esta problemática acha-se a distinção, feita por HECK, entre “sistema externo” e “sistema interno”. O “sistema externo” seria aquele sobre que alicerçada a jurisprudência conceitual e corresponderia à ordenação “visível” do material jurídico, sendo formado pela racional estruturação organizacional dos elementos materiais componentes da ordem jurídica; o “sistema interno”, por outro lado – e é sobre este que articula HECK a operação de seu método – é o resultado do nexos objetivo formado pelas soluções dos problemas jurídicos tomadas em função do reconhecimento dos interesses. Em outras palavras: enquanto o “sistema externo” é tributário da forma, o “sistema interno” o é da matéria, merecendo ambos a qualificação de *sistema* justamente pelo fato de tanto num quanto noutro identificar-se conexões de sentido.

Interessante notar que, em caso de conflitos de interesses, HECK propunha o método da ponderação,³⁸ o que já denunciava

35 Rafael Lazzarotto Simioni procede a uma didática demonstração de como se devia operar com o caso concreto: “Primeiro a interpretação procurava identificar os interesses em conflito no caso concreto e organizá-los de modo suficientemente simplificado – geralmente na forma binária da diferença entre interesses do autor e interesses do réu. Era essa simplificação grotesca dos interesses que possibilitaria, depois, uma decisão sobre quais deles mereceriam proteção jurídica. Depois de identificados e organizados, a interpretação deveria operar a subsunção desses interesses na descrição resultante da interpretação dos textos legais. Quer dizer, de um lado, a interpretação operava uma descrição dos interesses em situação de conflito no caso. De outro, a interpretação operava uma descrição dos interesses reconhecidos pela lei como interesses juridicamente protegidos. Depois disso, bastava realizar-se uma subsunção entre a descrição da interpretação dos interesses concretos na descrição da interpretação dos interesses reconhecidos pela lei. Naturalmente, sempre exige uma relação circular, de complementariedade, entre essas duas interpretações.” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 119).

36 Subsunção aos interesses materiais albergados na lei e não ao texto legal em sua dimensão sintática.

37 Neste sentido, SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 124. Mais adiante, à página 126 da mesma obra, ensina: “Assim, com base na lei, a decisão distingue abstratamente os interesses legítimos e ilegítimos. Com base na finalidade do direito, a decisão traça uma distinção concreta entre interesses legítimos e ilegítimos a respeito dos interesses presentes no caso concreto”.

38 Interessante registrar a crítica formulada por Hans Kelsen

o indiscutível avanço de seu pensamento, na medida em que as mais modernas teorias, a exemplo da desenvolvida por ALEXY, vão levar em consideração o critério da ponderação para a resolução de situações conflitantes.

A Escola em exame correspondeu a um legítimo rompimento com as concepções de Direito que a antecederam, ora fulcradas num excessivo apego à letra da lei, ora à dogmática jurídica, ora, ainda, num excessivo desapego das orientações normativas mediante o recurso a dados domiciliados na consciência. Seu surgimento compreendeu a abertura do Direito escrito para a realidade da vida, tendo como referência o texto legal. O êxito da Jurisprudência dos Interesses foi enorme e ela consistiu em importante contribuição para o pensamento pós-positivista que ganharia espaço no cenário jurídico contemporâneo.

VI. O positivismo de Hans Kelsen

KELSEN ocupa, na história do Direito, proeminente lugar, constituindo-se, sem dúvida, o mais influente jurista do século XX.

A preocupação primordial de KELSEN foi “purificar” a ciência do Direito de toda indagação externa ao “cosmos normativo”, afastando do campo de investigação do jurista questões que seriam objeto da sociologia, da política ou da filosofia. Na visão kelseniana, apenas a norma deveria ser objeto da ciência do Direito; só assim o Direito se firmaria enquanto ciência. Tal concepção de Direito, com sua consequente metodologia de

enfrentamento do fenômeno jurídico, restou desenhada, principalmente, em sua Teoria Pura do Direito.

Assim como procedi com as Escolas precedentes, traçarei as linhas gerais – muito gerais, considerados os limites impostos por este trabalho – da teoria do Direito formulada por KELSEN, sem, contudo, lançar mão de uma síntese que se demita de expor as principais características da teoria pura.

Parte KELSEN da distinção entre ser (*Soll*) e dever-ser (*Sollen*), pois é sobre tais conceitos que a estrutura de seu pensamento vai ganhar corpo.³⁹

Para KELSEN, a investigação do Direito, ou seja, a atividade de enfrentamento do fenômeno jurídico,⁴⁰ deve concentrar-se no dever-ser, que é o mundo das normas. O ser não ingressa nas cogitações do jurista: sendo

39 À distinção entre *ser* e *dever-ser* equivale a diferença entre *causalidade* e *imputação*. Como explica Kelsen, a lei de causalidade, mediante a qual a uma causa segue-se necessariamente um efeito, é própria das leis da natureza, sendo certo que o efeito é uma decorrência necessária da causa que lhe dá suporte, constituindo-se, portanto, um ser. O mundo jurídico, portanto, não apresenta tal característica, na medida em que, se cada norma determina um resultado, um efeito quanto a seu descumprimento, este efeito não necessariamente se verificará, de onde se infere que ela prescreve um dever-ser, imputando um efeito a determinado comportamento em desconformidade com o quanto prescrito. Para as leis causais, impera a forma “se A, então B”, enquanto para a imputação a relação é “se A, então deve-ser B”. Pela imputação, a consequência de um ato é imputada a este, mas não é produzida por este.

40 Registre-se que Kelsen distingue Direito e ciência do Direito. O Direito tem a ver com as normas postas, enquanto a ciência do Direito é a responsável pela formulação de proposições jurídicas acerca daquelas normas, de seu sentido e alcance. As normas não ostentam atributos de verdade ou falsidade, mas apenas o de validade ou invalidade (diante do sistema normativo hierarquizado ao qual pertencem). Verdadeiras ou falsas são as proposições da ciência do Direito acerca das proposições normativas. Também aqui vislumbra-se a questão do ser e do dever-ser, na medida em que as normas, ao estatuírem os “modais deônticos” *permitido*, *obrigatório* e *proibido*, importam num dever-ser, ao passo que as proposições da ciência do Direito, ao compreenderem aquelas normas, referenciam-se a um ser. Assim, Direito é linguagem e ciência do direito é metalinguagem, que fala sobre aquela primeira. Tem-se aqui claramente posição contraposta à Jurisprudência dos Interesses, em que ambas as linguagens restavam amalgamadas num todo unitário.

à metodologia desenvolvida pela Jurisprudência dos Interesses e, mais particularmente, à ponderação de interesses: “Também o princípio da chamada apreciação dos interesses é tão-só uma formulação, e não qualquer solução, do problema que aqui nos ocupa. Não fornece a medida ou critério objetivo segundo o qual os interesses contrapostos possam ser entre si comparados e de acordo com o qual possam ser dirimidos os conflitos de interesses. Especialmente, tal critério não pode ser retirado da norma interpretanda, da lei que a contém ou da ordem jurídica global, como pretende a teoria chamada da ponderação dos interesses.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 392).

o que ocorre no mundo dos fatos, no mundo social, vai despertar o interesse do sociólogo ou do cientista político, mas não se constitui em objeto de investigação do jurista. Nada impede ao legislador de considerar, no editar da norma, elementos extraídos da moral; contudo, ao debruçar-se cientificamente sobre seu objeto de estudo – que é a norma –, o jurista limita-se ao estudo de sua proposição, sem considerações extratextuais e metafísicas. O ser origina-se de relações causais, mas o que importa ao Direito é sua qualificação jurídica, ou seja, sua recepção no mundo das normas. Com isto, KELSEN busca o atingimento do necessário rigor metodológico, garantindo ao Direito a posição de legítima ciência ao depurar-lhe de todas as considerações que não se dirijam à norma. Como alude KARL LARENZ, a teoria pura do Direito “não se preocupa com o conteúdo, mas só com a estrutura lógica das normas jurídicas”.⁴¹

A teoria pura edifica o Direito sobre uma estrutura lógica, em que cada norma encontra sua condição de validade sobre uma norma superior, até alcançar a norma máxima, que é a hipotética norma fundamental (*Grundnorm*) e que se erige como condição de possibilidade, como categoria intencional da a conferir coesão e fechamento ao sistema.

A repercussão de tal concepção lógica do Direito vai resultar numa interpretação e aplicação⁴² que se plasman numa metodologia cuja base radica-se na consideração da interpretação não como um ato de conhecimento, mas como um ato de vontade. Sustenta KELSEN a visão de que cada norma encontra seu fundamento de validade numa norma que lhe é superior, no que se denomina de escalonamento do ordenamento jurídico. Da norma pressuposta pelo pensamento – a

Grundnorm –, estruturar-se-á uma escala de normas no sentido descendente (em forma piramidal), cada qual ligada à anterior, até ir a ter na norma concreta ditada pelo juiz na interpretação/aplicação do Direito (norma individual), daí exsurgindo a decisão judicial como constitutiva – e não meramente declarativa – do Direito. É dizer: a concretização da norma superior revela-se na dupla e concomitante perspectiva da aplicação e constituição do Direito.⁴³ Neste cenário, a diferença entre o juiz e o legislador é que este último conta com maior margem de liberdade, enquanto o poder discricionário do magistrado já se apresenta com reduzido espectro deliberativo. Na concepção kelseniana, o texto legal dá margem a várias interpretações, sendo impossível o achamento de uma única resposta correta, dada a indefinição resultante das palavras, fluidas por natureza (a *open texture* a que viria a se referir, também, Hart) – a que denomina de *indeterminação não-intencional*⁴⁴ –, ou à própria *indeterminação intencional*, como ocorre nos casos de normas administrativas cuja concreção fenomênica imprescinde de regulamento que lhe trace as diretrizes. Por conseguinte, dentro da moldura delineada nos textos legais, o juiz

41 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 94.

42 Tenha-se como pré-compreensão ao restante do parágrafo a distinção que Kelsen faz entre interpretação e aplicação do Direito: na interpretação, fixa-se a moldura dentro da qual a aplicação do Direito, discricionariamente levada a cabo pelo juiz, deverá adstringir-se.

43 “[...] a aplicação do Direito existe tanto na produção de normas jurídicas gerais por via legislativa e consuetudinária como nas resoluções das autoridades administrativas e ainda – como veremos – nos atos jurídico-negociais; e os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais ao estabelecer normas individuais, determinadas, quanto ao seu conteúdo, pelas normas jurídicas gerais, e nas quais é estatuída uma sanção concreta: uma execução civil ou uma pena.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 263). Acrescente-se a observação de que Kelsen distingue “interpretação autêntica” e “inautêntica” justamente com base em tal concepção, asseverando que apenas a interpretação levada a efeito pelo *intérprete autêntico*, que é o juiz, é autêntica, enquanto a outra espécie – inautêntica, não criadora ou constitutiva do Direito – é a promovida pela ciência do Direito e pelas pessoas privadas: “Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.” (*Ibidem*, p. 388).

44 Para o conhecimento das espécies de indeterminações não-intencionais, conferir KELSEN (*Ibidem*, p. 388-389).

poderia, por um ato de vontade, agir dentro de sua discricionariedade a fim de encontrar a resposta que melhor lhe parecesse adequada ao caso, de forma que “a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”.⁴⁵ O juiz, portanto, dentro do espaço delimitado pela moldura da norma,⁴⁶ exerce, na teoria pura, poder discricionário para eleger a resposta que repute mais acertada, sem necessário recurso a princípios de ordem moral ou metafísica objetivamente justificáveis. A atividade do magistrado, pois, não é passível de sofrer controle outro que não seja os limites desenhados no texto legal, ou seja, deve ater-se às possibilidades de interpretação contidas nas fronteiras sintáticas demarcadas pelo texto normativo.

A interpretação propugnada por KELSEN decorre, naturalmente, de sua concepção de Direito. Coincidindo o Direito com a norma positiva, a vinculação de sua aplicação pelo juiz a critérios supranormativos (como a ética, a justiça e outros fatores) importaria na concepção destes critérios como constituintes do Direito, ou seja, como normas não positivas, o que contrariaria todo o arcabouço teórico em que edificada a teoria pura: o objeto da ciência jurídica é a norma e não fatores metafísicos que residam fora do complexo normativo.

Vê-se, desse modo, que, para a teoria

pura, o enfrentamento do Direito cinge-se às normas positivadas nos textos legais, achando-se essas normas, por sua vez, estruturadas de modo a encontrarem seus respectivos fundamentos de validade nas normas que lhes sejam hierarquicamente superiores, todas produzidas de conformidade com o processo legislativo igualmente disposto em textos positivos, cujo último fundamento de validade vai coincidir com a norma pressuposta pelo pensamento, fictícia, e que se erige à categoria apta a dar coesão e sustentação lógica a todo o sistema, que é a *norma fundamental*.

Interessante notar que KELSEN, ao não conseguir escapar da norma fundamental – que é, ao modo da teoria do conhecimento de KANT, uma condição lógico-transcendental –, acaba por contradizer seu próprio sistema, ao denunciar, com o lançar mão de uma categoria de pensamento meramente formal, a impossibilidade de se alicerçar uma teoria do Direito que descarte a infrangível realidade, que é a conexão do mundo jurídico normativo com os estratos do real, sendo de todo impossível – a menos que se lance mão de subterfúgios lógicos, mas não ontológicos, como sói ser a norma fundamental – apartar o fenômeno jurídico das demais dimensões que lhe conferem substância e que, juntas, constituem o signo de seu ser: o fato (sociologia) e o valor (axiologia), como já argutamente observado por juristas como REALE em sua teoria tridimensional, onde o Direito é a soma de fato, valor e norma. Crua razão teórica, a teoria pura fecha os olhos para a realidade em que mergulhado o Direito, na qual ele nasce e vive. Em suma: ao colocar a norma fundamental no lugar do Direito Natural, certamente que KELSEN fechou sobre si mesmo seu sistema, mas a questão que fica é até que ponto tal recurso, com toda sua artificialidade linguística, adequa-se a algo tão complexo como o Direito e os reclames que sua *práxis* solicita.

Se KELSEN logrou a construção de uma teoria formal dotada de indiscutível rigor lógico – e dúvidas não há quanto ao seu êxito

⁴⁵ *Ibidem*, p. 393.

⁴⁶ “Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades de aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outras das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” (*Ibidem*, p. 390).

em tal empresa –, por outro lado acabou por subtrair ao Direito toda a intencionalidade voltada ao seu conteúdo, toda sua conexão com a realidade. As teorias vindouras, que deram corpo ao denominado pós-positivismo, não são mais que tentativas de resgatar a conexão entre Moral e Direito e a razão prática que a teoria kelseniana, que só teve olhos para a razão teórica, descuidou. E é justamente naqueles espaços onde KELSEN propugnou existir a discricionariedade judicial que as novas correntes de pensamento procurarão preencher com a necessária vinculação a critérios extraídos da moral, da ética, etc., com isto adstringindo o juiz à justiça material.⁴⁷

VII. O pós-positivismo

O positivismo de KELSEN e as linhas de pensamento que o antecederam mostraram-se insuficientes para a compreensão e enfrentamento do fenômeno jurídico, tendo sucumbido diante da força da realidade. O pós-guerra, após o nazismo, já não mais se satisfazia com uma concepção avalorativa do Direito, para a qual a forma se sobrepunha sobre o conteúdo, pouco importando este para a validade do Direito.⁴⁸ As insuficiências de uma visão lógico-formal do fenômeno jurídico assumiram dimensões visíveis a olho

nu. Foi neste cenário de desalento e desencanto que se principiaram novas visões, as quais procuraram reaproximar o Direito à ética com abertura aos princípios superiores ao ordenamento.⁴⁹

Dentro da visão pós-positivista, apartam-se os procedimentalistas dos substancialistas. Tal é a primeira distinção a ser feita.

O procedimentalismo compreende a correção da decisão jurídica quando esta é atingida mediante o respeito a procedimentos discursivos. É dizer: para os procedimentalistas, a argumentação jurídica, para ser válida, deve obedecer a determinados procedimentos formais, advindo daí sua racionalidade, uma vez que descredita na existência de princípios morais universais que possam embasar, em qualquer tempo e lugar, as decisões judicativas. Por outro lado, o substancialismo atém-se ao conteúdo das decisões, não bastando o respeito às formas procedimentais para que se tenha por válida a argumentação, devendo esta reverenciar a substância do justo, por eles considerada como elemento de possível captação por parte do intérprete/aplicador do Direito.

O procedimentalismo conta com autores como ROBERT ALEXY e HABERMAS, alinhando-se na trincheira substancialista DWORKIN, CASTANHEIRA NEVES e outros.

Dadas as dimensões deste trabalho, analisarei o pensamento jurídico de dois autores, cada um representante de uma daquelas linhagens: ROBERT ALEXY no campo procedimentalista e RONALD DWORKIN no substancialista. Em trabalho futuro, dedicarei atenção especial à obra de CASTANHEIRA NEVES (jurisprudencialismo), que, dada sua indiscutível sofisticação e pouco estudo entre nós, está a merecer mais detida análise e reflexão.

⁴⁷ É muito pertinente apontar o equívoco em que os menos avisados costumam incorrer ao cuidarem do positivismo: sustentam que este “prende” o juiz nas amarras da lei, enquanto na realidade é justamente o oposto: como se nota do estudo de Kelsen, é concedido ao juiz, sob o espectro da discricionariedade, ampla margem decisória, cuja vinculação à norma escrita cinge-se aos limites traçados por sua moldura, podendo lançar mão de critérios morais, políticos, pessoais, etc. Diversamente é o que se passa no pós-positivismo, onde o juiz deve observância a valores, ainda que não positivados no sistema, mas deste decorrentes ou sobre os quais acha-se este fundado, e não em critérios, ainda que morais, objeto de livre escolha.

⁴⁸ “Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 44).

⁴⁹ À reaproximação da ética e do Direito chama-se comumente “virada kantiana” (*Kantische Wenden*).

Por último, deve restar assentado que o pós-positivismo não busca um retorno ao Direito Natural como elemento fundante do fenômeno jurídico; sua proposta é manter os ganhos obtidos com o positivismo sem, contudo, fechar as portas para os valores de ordem moral. A conciliação entre estes dois polos de tensão é que se erige na legítima preocupação das visões pós-positivas do Direito.

Dito isso, passemos a estudar, rapidamente, esses atuais pensamentos acerca do Direito.

a) Robert Alexy

KELSEN deixou como legado a concepção, corolário de sua teoria pura, de que a correção da decisão judicial fundamentar-se-ia em sua prolação por um órgão investido pelo Direito positivo da competência para tanto. O conteúdo da decisão, desde que balizado pelo quadro legal, não se submeteria a qualquer juízo de correção, bastando que o julgador estivesse legalmente investido em sua função, pouco importando sua correção ou justiça. O pós-positivismo surge justamente em função deste *déficit* de critérios de correção da justiça da decisão, evidenciando-se várias correntes, capitaneadas pelos mais diversos juristas, que têm procurado desenvolver metodologias de enfrentamento do Direito capazes de corrigir tal problemática, a fim de que a decisão alcance uma justiça controlável pelas vias racionais.

É justamente nesse anseio que ALEXY desenvolve sua teoria da argumentação jurídica, que se constitui, pode-se mesmo dizer, no principal pilar de sustentação de todo o seu sistema de pensamento, o qual se espalha por três obras principais: “A Teoria da Argumentação Jurídica”, “A Teoria dos Direitos Fundamentais” e “Conceito e Validade do Direito”, cada qual se constituindo uma peça fundamental de seu sistema.

Em sua “Teoria da Argumentação Jurídica”, ALEXY tentará preservar o normativismo kelseniano juntamente com o *jusnaturalismo*

material de RADBRUCH. Para atingir seu intento, arranca da tese do caso especial, onde sustenta que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral. ALEXY vai dimensionar o discurso jurídico com vistas à abertura para os valores e princípios, reaproximando a ética ao Direito, sendo que tal abertura não vai prescindir de outra dimensão discursiva, que é aquela voltada às normas positivadas no sistema, daí distinguindo-se a *justificação interna*⁵⁰ (referente ao *jus positum*, operada silogisticamente) da *justificação externa*⁵¹ (alusiva ao material extrapositivo, é a que fundamentará as premissas usadas na justificação interna). Tais premissas, por seu turno, podem ser: [1] regras de Direito positivo, [2] enunciados empíricos e [3] premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de Direito positivo.

ALEXY esclarece a consistência das três premissas usadas na justificação interna e que serão objeto de fundamentação por parte da justificação externa:

A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação das premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de

50 “Os problemas ligados à justificação interna têm sido amplamente discutidos sob o nome de ‘silogismo jurídico.’” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219).

51 “O objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Ditas premissas podem ser de tipos bastante diferentes. Pode-se distinguir: (1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo.” (*Ibidem*, p. 228). Para a fundamentação das últimas (3) é que entra em cena a argumentação jurídica.

direito positivo aplica-se o que se pode designar de “argumentação jurídica”.⁵²

ALEXY salienta, ainda, a inter-relação existente entre os métodos de justificação daquelas três premissas, na medida em que a fundamentação da premissa (3), por exemplo, há de considerar as regras de Direito positivo objetivadas na premissa (1), bem como os enunciados empíricos objeto da premissa (2), o mesmo acontecendo com as premissas (1) e (2), umas em relação com as outras.

Tal é a espinha dorsal da teoria discursiva proposta pelo insigne jurista germânico, sob cuja perspectiva estrutura-se todo o seu método de enfrentamento do Direito, pausando-se na constante preocupação da conciliação entre os critérios de justiça material (jusnaturalismo) e as referências normativas (positivismo), sem que os primeiros se sobreponham às segundas afastando a aplicação das normas positivadas no sistema.⁵³ Neste cenário, o discurso prático (razão prática) e o jurídico (razão teórica) se vincularão mediante uma relação de integração.

Faço aqui um parêntesis para ressaltar que toda essa preocupação pós-positivista com a justeza da decisão alinhada às referências normativas dentro de critérios de racionalidade pelos quais se justifica a respectiva decisão, terá proeminente lugar, apenas, em se tratando dos denominados casos difíceis (*hard cases*), posto que, para os casos fáceis, a aplicação linear da norma jurídica afigura-se, regra geral, bastante e satisfatória. Ou seja: é justamente naqueles espaços da realidade concreta, em que a resposta pelo conteúdo decisório não se acha adrede disposta no cosmos normativo,

que vai interessar a adoção de critérios, a serem observados pelo aplicador do Direito que, a um só tempo, observe princípios de ordem moral, ética, etc., como elementos garantidores da justiça material da decisão, sem atropelar o quanto positivado no sistema, mediante racional e controlável justificativa.

Iluminado por tal quadrante, ALEXY vai propor, para o atingimento do decantado desidério, sua teoria da argumentação jurídica.

Parte ALEXY da tese do caso especial, já antes referida, segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Por discurso jurídico (razão teórica) entende-se aquele já há muito conhecido dos lidadores do Direito, consubstanciado na interpretação das normas jurídicas em suas variadas modalidades, tais como a gramatical, teleológica, histórica, etc. ALEXY vai aprimorar o discurso jurídico. Por discurso prático geral (razão prática) entende-se aquele levado a efeito na filosofia, com abertura para fatores transcendentais. Na conjugação destas duas espécies de discurso, estruturar-se-á a teoria argumentativa alexyana.

A teoria da argumentação de ALEXY tem lugar na resolução daqueles casos difíceis, onde, ante à insuficiência das normas, ou ante a colisão de normas, ou ante à ausência normativa, terão que ser convocados elementos extrajurídicos, como os atinentes à moral, à política, à ética, etc. A teoria argumentativa então desenvolvida terá como escopo dar conta da intromissão, na decisão jurídica, daqueles elementos próprios do jusnaturalismo sem que se afaste da referência ao sistema normativo e sem que tal ocorra em conformidade com a pura discricionariedade judicial. A teoria alexyana traçará, portanto, os critérios metodológicos segundo os quais garantir-se-á a racionalidade da decisão, ou seja, a imersão racional daqueles valores extrapositivos, justificadamente trazidos ao Direito por via discursiva. Para tanto, es-

⁵² *Ibidem*, p. 228.

⁵³ “O objetivo pós-positivista, então, tornou-se bastante claro: como manter as conquistas do neopositivismo jurídico, mas estabelecendo ao mesmo tempo relações com os princípios morais e valores éticos, que também são importantes para a garantia do ideal da justiça na prática das decisões jurídicas?”. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 236).

tabelecerá ALEXy regras discursivas, que comporão um feixe procedimental de cuja observância resultará a racionalidade e objetividade da decisão.

O discurso então proposto colimará o alcance do consenso entre os sujeitos interessados, conciliando-se o discurso prático geral e o jurídico, i.e., amalgamando, dialeticamente, numa síntese coerente, a razão teórica alusiva aos referenciais normativos e a razão prática postulada pela realidade subjacente, com toda a sua carga axiológica. É o entrelace da vida com o jurídico.

Para operacionalizar sua concepção discursiva, ALEXy propõe, no lugar dos tradicionais métodos de interpretação da época de SAVIGNY, a argumentação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica das normas jurídicas (“cânones de interpretação”), perfazendo-se tais modalidades interpretativas através da argumentação. O argumento *semântico* dirige-se ao conteúdo significativo extraído das palavras da lei, indo buscar os referentes a que estas últimas aludem; a argumentação *genética* justifica determinada interpretação (semântica) demonstrando sua correspondência à vontade do legislador; o *histórico* busca a demonstração de fatos referentes à história do problema jurídico em causa, o que permite sua consonância com uma ou outras das possíveis interpretações; os argumentos *comparativos* são os que buscam referência em outros ordenamentos jurídicos; *sistemático* é o argumento que tem por base a relação lógica ou teleológica de normas relativamente a outras normas, fins e princípios; o argumento *teleológico* parte de uma análise dos fins e meios.

Tais métodos interpretativos, porque insuficientes, por si sós, ao atingimento do conhecimento, devem ser complementados com as seguintes *regras* discursivas: 1) saturação; 2) diferenciação das funções das formas argumentativas; e 3) ordem hierárquica das formas de argumentação.

A (1) *saturação* diz respeito à exigência de esgotamento das razões, de forma que o máximo de razões sejam justificadas;⁵⁴ a (2) *diferenciação das funções das formas argumentativas* refere-se ao reconhecimento dos diferentes resultados a que podem conduzir os argumentos anteriores (semântico, genético, etc.),⁵⁵ o que implicará o estabelecimento de (3) *critérios que estructurem uma ordem hierárquica das formas de argumentação*. Neste ponto, salienta ALEXy a inconclusão existente sobre a ordenação que deve obedecer a um catálogo de graus ou de hierarquia entre os cânones, achando-se a questão em aberto. Contudo, propõe que:

Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.⁵⁶

ALEXy não prescinde, também, da *dogmática jurídica* e dos *precedentes judiciais* como elementos a se integrarem no discurso. A dogmática jurídica diz respeito às proposições emitidas pela doutrina e se constitui para o aplicador da lei em prévia justificação, tendo, por isto, entre outras funções, a de redução do encargo argumentativo. Os

54 “Um argumento de uma forma só é completo se contém todas as premissas pertencentes a esta forma. A isto se chama o requisito da saturação.” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 242).

55 “As diferentes formas cumprem diferentes funções. As formas da argumentação semântica e genética se referem à vinculação dos órgãos decisores, respectivamente, ao teor da lei e à vontade do legislador. As formas históricas e comparativas permitem a incorporação das experiências do passado e de outras sociedades. A interpretação sistemática serve, entre outras coisas, para eliminar contradições no ordenamento jurídico. Finalmente, as formas teleológicas dão espaço à argumentação prática racional de tipo geral. Com isto se caracteriza respectivamente uma função proeminente em cada uma das diferentes formas.” (*Ibidem*, p. 343).

56 *Ibidem*, p. 245.

precedentes judiciais garantem o respeito ao *princípio da universalidade*, o qual implica a igualdade de tratamento no tocante aos casos iguais, de forma que o afastamento de um precedente, por obséquio àquele princípio, deverá pautar-se em devida justificação (“carga da argumentação”)⁵⁷.

Para ALEXY, em se atendendo as regras discursivas que ele objetivamente dispõe, a argumentação jurídica e a correspondente decisão podem ser tidas por racionais (procedimentalismo), uma vez que a correção material relaciona-se a uma metafísica por ele afastada, por reputar inviável o recurso a valores universais existentes dentro de uma sociedade gravada com o signo da complexidade.

É desta forma, ou seja, mediante o estabelecimento de regras discursivas que intentem garantir à argumentação critérios que lhe atribuam racionalidade, conciliando a justificação interna com a externa, promovendo a conexão do Direito com a moral sem perder de vista quer as garantias de segurança jurídica alcançadas com o neopositivismo, quer as garantias de efetiva justiça material propugnadas pelo jusnaturalismo.

Note-se que já nessa obra encontravam-se os germens de suas obras posteriores – “Teoria dos Direitos Fundamentais” e “Conceito e Validade do Direito” –, sendo, estas últimas, corolários da concepção discursiva de ALEXY. De onde se extrai, também aqui, a íntima conexão entre conceito de Direito e os métodos de seu enfrentamento. A concepção de Direito de ALEXY é pós-positivista, de modo a referenciar-se para fatores extralegais como suportes da constituição do fenômeno jurídico, de onde a necessidade de se desenvolver metodologia – que, no caso, consiste em sua teoria da argumentação – própria a esta concepção e por esta condicionada.

Nesse sentido, importa examinar, ainda que genericamente, as teses desenvolvi-

das por ALEXY nas duas obras mencionadas, principiando-se pela “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

As duas linhas mestras da “Teoria dos Direitos Fundamentais” consubstanciam-se na distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma, e nos critérios de ponderação de princípios conflitantes.

Segundo ALEXY, as regras são *mandados de determinação*, de caráter *prima facie*, a determinarem a observância de algo sem que se franqueie a possibilidade de graduação em seu cumprimento.⁵⁸ Já os princípios, em que se categorizam os direitos fundamentais, são *mandados de otimização*, no sentido de que prescrevem realizações cujo cumprimento deve ser atendido da forma mais ampla possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.⁵⁹

Na operacionalização das regras e princípios tal como por ele concebidos, ALEXY estabelece que, em se tratando de regras, ou incidem por completo ou não, aplicando-se por subsunção, daí não se divorciando sua teoria do quanto já traçado nas correntes positivistas. No caso de colisão entre regras, adota-se os critérios da especialidade, da hierarquia, da temporalidade, etc. No caso dos princípios, eles incidem mediante critérios de ponderação e, caso colidam, ALEXY formula a aplicação da *máxima da proporcionalidade*.

Colidindo dois princípios, cujos pesos são abstratamente idênticos, o recurso à proporcionalidade obedecerá a uma escala trifásica, percorrida entre seus três subprincípios, que são a *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*, de forma que a ausência de uma implica na pronta desconsi-

⁵⁸ Para Dworkin, regras aplicam-se na forma do tudo ou nada (*all or nothing*), no sentido de que ou incidem ou não incidem, quando presentes ou ausentes seus pressupostos (que Pontes de Miranda chamaria de *suporte fático*).

⁵⁹ Para Dworkin, princípios são os elementos da moralidade política que justificam as regras. Em sua visão, os princípios não estarão necessariamente positivados, enquanto para Alexy os princípios são normas positivadas ou extraíveis das positivadas.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 268.

deração das seguintes. Ou seja: caso se verifique ausente a adequação, descabível passar-se à necessidade, e, na ausência desta última, à proporcionalidade em sentido estrito.

Sob o prisma da adequação, verificar-se-á se a medida afrontosa de determinado princípio é adequada à concretização da meta à qual tal medida se dirige. A *necessidade* vai se relacionar com a proibição de excesso (*Übermassverbot*), no sentido de se pesquisar acerca da ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz para o atingimento da meta. Por último, a *proporcionalidade em sentido estrito* vai sopesar os prós e contras da medida, numa relação de meios e fins, perguntando se o sacrifício equivale ao bem auferido com o sacrificado. Enquanto a adequação e a necessidade relacionam-se com as possibilidades fáticas, a proporcionalidade em sentido estrito vincula-se às possibilidades jurídicas. É aqui que vai ter proeminente lugar a argumentação jurídica, no justificar o maior peso conferido a um princípio em detrimento de outro, o que se operacionalizará mediante a *lei de colisão* e a *lei de ponderação*. A *lei de colisão* impõe ao aplicador demonstrar a “relação de precedência condicionada”, mediante a demonstração dos fatores que conduzem à precedência de um princípio sobre o outro, no caso concreto. A *lei de ponderação* significa que o sacrifício de um princípio deve ter sua legitimidade traduzida pela correspondente dimensão da satisfação do outro, de modo que quanto maior for aquele sacrifício, maior deverá ser a satisfação do princípio que tiver sido eleito, pela lei de coli-

são, como o precedente.⁶⁰

A solução jurídica resultante do processo de ponderação constituirá a lei do caso concreto e servirá de modelo a se aplicar, via subsunção, aos futuros casos análogos.

Mas pode haver, também, colisão entre uma regra e um princípio. Quando isto ocorrer, sustenta ALEXY que se deve lançar mão do recurso à ponderação, mas não entre a regra e o princípio e sim entre este último e o princípio que dá sustentação à regra, a fim de que se chegue, pela máxima da proporcionalidade, ao estabelecimento do princípio que deve prevalecer no caso concreto. Contudo, como se impõe tributo à separação de Poderes, sendo certo que o legislador já procedeu às suas prévias ponderações ao editar uma regra, preconiza ALEXY que o afastamento da regra em função da prevalência do princípio contrário àquele

que lhe confere suporte só tem lugar quando também superados os princípios segundo os



60 A estrutura da ponderação é sintetizada na *fórmula de peso* de Alexy: $G_i, j = I_i.G_i.S_i : I_j.G_j.S_j$. Sumariando a aplicação da fórmula, tome-se dois princípios colidentes, P_i e P_j . I_j representa a importância do cumprimento do princípio oposto P_j , enquanto G_i, j o peso concreto do princípio cuja violação é examinada, ou seja, P_i . A fórmula de peso expressa que o peso concreto de um princípio é um relativo. “Ela faz isso de forma simples, definindo o peso concreto como quociente entre a intensidade da interferência nesse princípio (P_i) e a importância concreta do princípio oposto (P_j)” (Cf. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 156-157). É mediante os dados colhidos do caso concreto que a fórmula de peso operará, o que me parece evidenciar a expressão da sobrevivência de certa discricionariedade judicial, porquanto, no final das contas, é o julgador quem atribuirá os pesos a cada princípio colidente. A fórmula alexyana possibilita que a decisão judicativa revista-se de uma forma racional própria do rigor matemático, em que pese estar por trás de tal forma os critérios de justiça do julgador.

quais as regras positivadas no sistema pelo legislativo devem ser integralmente respeitadas. A estes últimos dá-lhes o nome de “princípios formais”.

Já no que tange ao *conceito de Direito* proposto por ALEXY em sua obra “Conceito e Validade do Direito”, e já extraível de suas obras anteriores – mesmo porque, como toda metodologia, os métodos de argumentação por ele propostos tomam já por base tal concepção de Direito –, pode-se sintetizá-lo na sua concepção de que o Direito consubstancia-se em um sistema de normas que atendem às seguintes características: a) são formuladas com pretensão de correção; b) possuem eficácia social global ou possibilidade de efeitos gerais; c) não são extremamente injustas (fórmula de Radbruch); e d) adequam-se aos parâmetros de uma norma fundamental pressuposta cuja aplicação pode se apoiar em princípios ou em outros argumentos normativos.⁶¹

Ou seja: no conceito de Direito defendido por ALEXY, o Direito, diversamente do pensamento positivista normativista de matriz kelseniana, conecta-se conteudisticamente com a moral, daí resultando sua metodologia de enfrentamento do fenômeno jurídico, consistente em argumentação jurídica e em ponderação de princípios com vistas à abertura ao reconhecimento de valores extrapositivos, mas que também constituem o Direito.

Segundo ALEXY desenvolve em sua tese, há uma necessária conexão conceitual e normativa do Direito com a moral. Consoante a *necessidade conceitual*, o legislador, ao produzir um texto legislativo, pretende que este seja correto, o que equivale a dizer: justo. E tal é assim ainda que o aludido texto não tenha de expressar necessariamente um determinado conteúdo. No que toca à *necessidade normativa*, ainda que o texto não

precise expressar certo conteúdo, caso este ultrapasse o limite tolerável da injustiça, segundo a fórmula de Radbruch, não pode ser considerado Direito. Aqui, procede ALEXY a uma distinção entre *conexão classificativa* e *conexão qualificativa*: ao configurar a extrema injustiça, as normas perdem a qualidade de normas e deixam de ter validade jurídica, sendo juridicamente inválidas (classificativa); ao não se conformarem com certo critério moral, não deixam de ser normas, mas são normas ou sistemas juridicamente defeituosos (qualificativa).⁶²

Sob tal alicerce, edifica ALEXY três argumentos que sustentam sua visão pós-positivista de um Direito conectado com a moral: (a) *argumento da correção*, segundo o qual as normas jurídicas integrantes de um sistema, assim como as decisões jurídicas, criam uma pretensão de correção; (b) *argumento da injustiça*, que diz respeito à fórmula de Radbruch, segundo a qual a injustiça extrema não pode ser considerada lei;⁶³ e (c) *argumento dos princípios*, que reza que um sistema jurídico minimamente desenvolvido contém, necessariamente, princípios, os quais pertencem a uma moral.

São esses, em linhas gerais – e, diga-se, assaz sumariados –, os arquétipos em que se erige o pensamento alexyano, de cujo exame vislumbra-se, uma vez mais na história da filosofia jurídica, a íntima conexão entre metodologia e conceito de Direito.

61 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz; PASOLD, Luiz Cesar. Pós-positivismo 1: a versão procedimentalista de Alexy. *Revista Jurídica Cesumar* – mestrado, v. 13, n. 1, p. 131-159, jan./jun. 2013.

62 SOUZA, Felipe Oliveira de. Entre o não-positivismo e o positivismo jurídico: notas sobre o conceito de direito em Robert Alexy. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 14, p. 302-303, jan./mar. 2011.

63 “A versão mais conhecida do argumento da injustiça relacionada a normas isoladas vem de Gustav Radbruch. Sua famosa fórmula reza: ‘O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido de modo que o direito positivo, assegurado através de um estatuto e do poder, tem então a precedência, mesmo quando seu conteúdo for injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva em relação à justiça atinja uma medida tão intolerável que a lei, enquanto ‘direito injusto’, tem que ceder à justiça.” (ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 250).

Indubitavelmente, a filosofia de ALEXY representa um momento muito importante na filosofia do Direito e na metodologia jurídica em particular, na medida em que rompe com um modelo que já não consegue mais responder à multifacetada realidade do mundo. Não obstante, apresenta características positivistas. Por exemplo: na ponderação de princípios, não há como escapar de uma carga subjetiva na escolha do intérprete, mas tal é uma decorrência do próprio espírito que anima o procedimentalismo, porquanto tal subjetivismo tem por reduzidos seus malefícios quando resultante de uma decisão tomada em observâncias às regras procedimentais discursivas que garantem, por si sós, a racionalidade da decisão. Aliás, resta duvidoso até que ponto, de fato, a obediência a tais regras garantem uma racionalidade real, sendo legítimo questionar se o adjetivar-se de racional a observância às regras discursivas não é mais que um discurso em si, que uma linguagem sem nenhum referente que lhe granjeie ontológico *status* veritativo.

Tal demonstra que o voluntarismo propugnado por Kelsen não foi totalmente abolido na visão pós-positivista de ALEXY, mas apenas submetido ao “tribunal da razão” denominado de *procedimento discursivo*, ou seja, uma vez satisfeitas as regras da argumentação jurídica, tem-se que aquela decisão, tomada ainda que dentro de um voluntarismo, seja tida por racional, além do que passa a ser devidamente imposta sua justificação, uma vez vinculado o aplicador aos princípios que norteiam o sistema e compõem o Direito em sua órbita conceitual. Sem dúvida trata-se de um grande avanço, mas que só vem a realçar o inafastável momento voluntário, carregado de subjetividade, da interpretação e aplicação do Direito. Contudo, talvez essas fraquezas da teoria alexyana correspondam mais a um inescapável imperativo da realidade do que a uma falha possível de ser contornada por alguma teoria.⁶⁴

b) Ronald Dworkin

A primeira circunstância que deve restar assentada como pré-compreensão do pensamento dworkiano é que sua teoria do Direito foi concebida dentro do sistema da *common law* (ou *judge made law*), o que significa dizer: dentro de um sistema jurídico onde os precedentes judiciais assumem posição ancilar e vinculante (*stare decises* ou *case law*), diversamente do que ocorre no âmbito da *civil law* (ou *code based legal system*). Outra circunstância que se deve desde logo ressaltar é que, diversamente de ALEXY, DWORKIN assume uma posição substancialista, construindo sua linha argumentativa referenciada ao interpretativismo jurídico, concebendo o Direito como uma prática interpretativa, no sentido de se aplicá-lo construtivamente, tomando em consideração os valores morais e principiológicos da comunidade, como adiante será melhor examinado.

Para bem compreender o pensamento de DWORKIN, é preciso, num primeiro momento, estudar sua teoria política; num segundo momento, é necessário estabelecer sua distinção entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas (*policies*); num terceiro momento, impõe examinar a substituição, promovida por ele, da concepção lógica do ordenamento jurídico de matriz kelseniana, de estrutura piramidal, pela concepção do ordenamento como *teia inconsútil*. Após assentadas tais premissas, restará explicitado o conceito de Direito tal como se extrai da doutrina do jurista sob enfoque, podendo-se então partir para a sua metodologia de interpretação e aplicação do Direito, percorrendo-se por suas teorias da única resposta correta, de como obtê-la, do juiz Hércules, etc.

ficar elementos que acabam por colocar em risco suas bases gnosiológicas. A física quântica, por exemplo, já detectou que o objeto observado modifica-se ao sabor do sujeito observador, i.e, este último promove alterações no objeto, o que pode colocar a pergunta acerca da possibilidade de se existir algo totalmente livre da vontade do observador.

64 Interessante observar que até a ciência já começa a identi-

Sob o aspecto político, DWORKIN sustenta, em primeiro lugar, que as pessoas possuem direitos morais contra o Estado, ainda que não explicitados na legislação ou nos precedentes. Tais direitos morais, todavia, podem dizer respeito a apenas uma minoria, de onde conclui DWORKIN que há de ser alterado o conceito de democracia constitucional, a fim de que as majorias não imponham, estatutariamente, sua vontade contra as minorias, frustrando-lhes o desfrute daqueles direitos. Assim, propõe que a premissa majoritária seja substituída pela premissa comunitária, a significar igual consideração e respeito aos direitos morais de todos os componentes da comunidade, sejam maioria ou minoria, alcançando, com isto, o equilíbrio democrático. DWORKIN vislumbra, assim, o Estado como uma comunidade formada de indivíduos que, conjuntamente, devem concretizar, em posição igualitária, um empreendimento comum.⁶⁵ É com base em tal concepção política de Estado e de Democracia que vai ser erigida a teoria do Direito dworkiana, pois é o Direito que vai dar concretude a tal ideário.

Prosseguindo, DWORKIN procede à distinção entre regras, princípios e políticas, observando que, na prática, os juízes, ao decidirem os casos difíceis, fazem-no com apoio em regras não positivadas no sistema.

Regras correspondem às normas de Direito positivo que se acham expressas em textos legais. Os *princípios* são aqueles padrões de moralidade que gravitam fora do sistema positivo, sendo transcendentais, portanto, revelando-se como padrões referenciados às individualidades, ou seja, prescrevem prerrogativas individuais, como, por exemplo, a justiça e a equidade. *Políticas*, por sua vez, substanciam políticas públicas voltadas à comunidade em geral, radicando-se em critérios de utili-

dade, visando ao bem-estar geral. Segundo a visão de DWORKIN, os princípios não se posicionam em relação de hierarquia relativamente às regras, situando-se em dimensão diversa destas últimas, qual seja, na dimensão hermenêutica, estando atrelados à razão prática, pois é nos casos concretos, quando as regras positivadas no sistema não solucionem a questão posta diante do judiciário, que são solicitados. Os princípios correspondem aos padrões de moralidade da comunidade, constituindo-se a base das instituições políticas, das leis e da prática do Direito.

As regras são aplicadas pela lógica do tudo ou nada (*all or nothing*), no sentido de que, uma vez presente sua hipótese de incidência, elas devem ser integralmente aplicadas, ou integralmente inaplicadas quando ausente aquela hipótese. Eventuais conflitos entre regras resolvem-se pelas vias tradicionais, como os critérios de hierarquia (*lex superior derogat legi inferior*), temporal (*lex posterior derogat legi priori*) e da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

Já os conflitos entre princípios resolvem-se na dimensão do peso, de forma que, diante do caso concreto, o juiz, pela via argumentativa – e no uso dos critérios trazidos na teoria dworkiana, que compreendem sua metodologia –, especificará o que maior peso apresenta concretamente, fazendo-o incidir.

DWORKIN, ainda com amparo na distinção entre regras, princípios e políticas, vai dizer que, ao julgar os casos difíceis, os juízes recorrerão aos princípios, mas não às políticas, uma vez que estas últimas compreendem os padrões referentes ao todo coletivo, sendo atribuição das decisões políticas e não jurídicas. As decisões jurídicas são, portanto, uma questão de princípio (*a matter of principle*).

No que toca à estrutura do ordenamento jurídico, viu-se que Kelsen organizou-a dentro de uma lógica hierárquica radical, onde, no topo do sistema, posiciona-se a norma fundamental pressuposta, a *Grundnorm*. A partir daí, em escala

⁶⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo 2: a versão interpretativista de Dworkin. *Âmbito Jurídico*, XVI, n. 117, out. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13759&revista_caderno=15>. Acesso em: 10 out. 2016.

descendente, se posicionam, sucessivamente, as regras constitucionais, as normas infraconstitucionais e assim por diante, cada qual encontrando seu fundamento de validade na norma anterior, assumindo o conceito de validade, dentro deste sistema, feição meramente formal. Assim, o juiz, ao aplicar o Direito, criaria a norma individual, posicionada na base da pirâmide normativa e que encontraria seu fundamento de validade na norma que lhe precede dentro do arcabouço jurídico em que inserida.

DWORKIN propõe a substituição desse modelo por outro, em que o ordenamento jurídico é visto de forma íntegra e coerente, de modo que o juiz, ao decidir determinado caso, vai levar em consideração toda o histórico que lhe antecedeu, curando pela uma continuidade das decisões anteriores. É dizer: suas decisões serão como que uma continuidade, íntegra e coerente, das decisões que lhe antecederam, e não o estabelecimento de uma norma individual que adote como parâmetro uma norma anterior, fruto de uma construção formal sob um modelo piramidal. O Direito, assim, em vez de formar uma pirâmide escalonada, onde as normas que o compõem comunicam-se mediante mero ajuste formal, passa a se estruturar como um tecido íntegro e coerente, cuja estrutura é continuamente formada por todas as decisões pretéritas, presentes e futuras. A tal modalidade de ordenamento dá-se o nome de *teia inconsútil*, no sentido de não apresentar, o Direito, costuras ou remendos, passando a ser enfrentado como uma trama coerente.⁶⁶ Assim, o aplicador do Direito leva em consideração os diversos fatores que inspiraram as decisões

que lhe antecedem, que vão sendo tecidos na linha vertical (dos órgãos superiores aos inferiores) e horizontal (entre os órgãos situados no mesmo nível hierárquico).

Com esteio em tal estrutura conceitual do Direito, é que DWORKIN desenvolve sua teoria da interpretação e aplicação jurídicas, que é a próxima temática a ser abordada.

Inicialmente, é importante explicitar a distinção, tomada como base por DWORKIN, entre o positivismo e o pós-positivismo, no que tange ao problema semântico.

Para a visão positivista, impiedosamente atacada por DWORKIN,⁶⁷ o Direito é concebido como uma teoria semântica.⁶⁸ Isto significa uma redução do fenômeno jurídico e de sua interpretação e aplicação, na medida em que consolida a visão de que todo o Direito deve ser extraído dos textos mediante uma análise linguística através da qual se buscará, no mundo empírico, a correspondência isomórfica daquilo que se acha verbalizado, linguisticamente, nos textos legais. Há com isto um fechamento do Direito e, ao mesmo tempo, uma maior abertura ao tão criticado poder discricionário do juiz, uma vez que as expressões linguísticas, em suas múltiplas combinações, dão margem a variadas interpretações, proporcionando uma indesejável carga subjetiva.

Colimando superar tal visão e salvar o Direito do que ele chama de *ferrão semântico* (*semantic sting*), DWORKIN propõe um modelo interpretativo de Direito. Sob esta ótica interpretativista, o aplicador do Direito investigaria não os significados textuais usados, por exemplo, numa decisão em que referido o termo “banco”, a fim de se saber se se trata de uma instituição financeira ou de um

⁶⁶ Nota-se aqui a abissal distância desta postura com a de Kelsen: para este, ante a impossibilidade de uma única resposta correta, o juiz encontraria, em cada caso, aquela que fosse adequada segundo sua vontade, desde que pudesse ser justificada dentro da moldura traçada na norma. Já Dworkin vai partir de outro pressuposto, que é o estruturar todo o ordenamento – e, neste, as decisões judiciais –, dentro de uma teia inconsútil em que cada parte em relação ao todo, e o todo em relação à parte, mostrem-se íntegros e coerentes, sem rupturas, o que era impossível no modelo de Kelsen.

⁶⁷ Dworkin vai eleger como alvo em seu ataque contra o positivismo a teoria positivista construída por Herbert Hart. A partir daí, vai usar a teoria hartiana como principal plataforma de sua crítica.

⁶⁸ Positivismo semântico é o propugnado por Hart, por exemplo, diversamente de Kelsen, para quem o Direito é uma relação sintática.

objeto móvel para sentar-se: a investigação não se debruçará sobre os caracteres linguísticos e em suas correspondências empíricas para averiguar-lhes a veracidade ou a falsidade, mas se situará num nível hermenêutico, onde o significado da palavra “banco” será construído mediante o exame dos princípios que fundamentaram aquela decisão. É dizer: é num nível de análise superior e transcendente ao textual que se localizará a atividade interpretativa do aplicador do Direito. Para usar uma metáfora, a análise semântica positivista localizar-se-ia na roupa pronta, enquanto a teoria interpretativista vai lançar sua ação aos tecidos usados em sua confecção (ou seja, em sua construção), edificando, por sua vez, uma nova interpretação que resultará da consideração dos fundamentos usados nas anteriores acrescidos de outros pertinentes ao caso concreto, numa continuidade histórica do Direito, sem interrupção em sua trama inconsútil, garantindo-se, com isto, a integridade e a coerência do sistema.

Enquanto a teoria semântica sedimenta uma investigação do Direito presa aos conteúdos linguísticos, visualizando-o como uma composição de textos e desvelando os vários significados possíveis das estruturas verbais, bem como sua subsunção, ou não, aos fatos empíricos, o interpretativismo direciona tal investigação para o nível dos fundamentos do Direito, que têm a ver com os princípios morais que compõem o projeto da comunidade, buscando, com esta teoria política do Direito,⁶⁹ coerência e integridade como elementos necessários à preservação e promoção daquele projeto.

Importante assinalar a visão de DWORKIN acerca da moral. Para ele, a moral é o tronco de uma árvore da qual sai o galho da moralidade política, do qual, por sua vez,

sai o ramo que é o Direito. Logo, resta impossível o apartar-se o Direito de considerações axiológicas, na medida em que a moral compõe-lhe a essência. A moral é como que seiva que corre em suas veias.

Iluminado por tal quadro, DWORKIN propõe uma aplicação do Direito baseada em sua integridade (“Direito como integridade” – *Law as integrity*). Principia analisando o fenômeno jurídico sob três possíveis concepções: 1) *convencionalismo*, segundo o qual o Direito acha-se expresso em textos legais ou jurisprudenciais adrede elaborados, de modo que, à falta de textos aos quais possam se subsumir os casos decididos, tem lugar o poder discricionário do juiz;⁷⁰ 2) *pragmatismo*, segundo o qual os direitos surgem com as decisões e, diversamente do convencionalismo, não residem adredemente edificadas no passado; tais decisões, por sua vez, devem ser flexíveis para adequar o Direito às consequências futuras, calibradas em consonância com a teoria econômica do Direito;⁷¹ e 3) *integridade*, que é a concepção defendida por DWORKIN. Parametrizando-se sob o manto da justiça, equidade e integridade, tal concepção vai priorizar o estabelecimento de decisões que sejam o resultado da equação baseada em três fatores: (a) os fundamentos

70 Segundo Dworkin, “O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. É evidente que vão surgir problemas interpretativos ao longo desse processo: por exemplo, pode ser necessário interpretar um texto para decidir que lei nossas convenções jurídicas constroem a partir dele. Uma vez, porém, que um juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos.” (DWORKIN, Robert. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272).

71 Dworkin: “O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a ideia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade.” (*Ibidem*, p. 273).

69 Como ponderado por Rafael Lazzarotto Simioni, “para Dworkin o direito é interpretação, por isso ele decide não continuar uma teoria pura do direito, mas fundar uma teoria política do direito.” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 328).

sob cuja inspiração lastrearam-se as decisões pretéritas, incorporados pelos (b) princípios de moral pessoal e política (c) orientando-se à construção do futuro da comunidade de modo coerente – ou seja, sem cisões consúteis – com o passado.⁷²⁻⁷³

Para operacionalizar a interpretação e aplicação do Direito como integridade, DWORKIN defende o modelo de interpretação sob a imagem do “romance em cadeia” (*chain novel*).

Fazendo um paralelo entre o Direito e um romance, DWORKIN cria a metáfora baseada num romance que deve ser contado por vários escritores. O segundo autor que receber a história deverá dar-lhe continuidade sem que rompa com o enredo, preservando a ideia central. O terceiro autor a quem for cometida a tarefa de continuar a história deverá, igualmente, dar prosseguimento ao texto elaborado pelo segundo, e assim sucessivamente, a fim de que seja garantida a integridade e a coerência do texto como um todo. Analogamente DWORKIN enxerga a interpretação e aplicação do Direito. Este é visto como uma trama histórica que não deve ser rompida, cindida, fragmentada por seus continuadores. Os juízes, assim, seriam como

que coautores deste “romance em cadeia” que é o Direito: ao aplicarem-no ao caso concreto, deverão considerar as decisões anteriores em seus fundamentos, em como foram decididas e quais suas justificativas, a fim de dar prosseguimento à história jurídica da comunidade enriquecendo-a, mas sem impor-lhe cisões descontínuas.

A metodologia elaborada por DWORKIN para levar a cabo tal operação divide-se em quatro partes, a seguir sumariamente analisadas.

Primeira etapa: “selecionar diversas hipóteses para a melhor interpretação dos casos precedentes, antes mesmo de tê-los lido”.⁷⁴ Significa que se deve catalogar os precedentes pertinentes ao caso concreto, a fim de identificar a força gravitacional que eles exercem sobre o caso decidendo, proporcionando, assim, que se demonstre a compatibilidade da decisão atual aos princípios que iluminaram aqueles precedentes.

Segunda etapa: “verificar cada hipótese dessa breve lista perguntando se os juízes dos casos precedentes poderiam ter dado aquele veredito se estivessem, coerente e conscientemente, aplicando os princípios subjacentes a cada interpretação”,⁷⁵ devendo-se descartar as hipóteses em que não aplicados os princípios radicados nos precedentes.

Terceira etapa: “perguntar, como etapa seguinte da sua investigação, se alguma das três [hipóteses restantes, que não foram descartadas] deve ser excluída por incompatibilidade com a totalidade da prática jurídica mais geral”.⁷⁶ Aqui, a análise deve abranger as situações mais amplas possíveis, a fim de identificar um denominador comum, cuja ausência, em determinadas hipóteses, deverá importar na exclusão destas. Trata-se de uma depuração, portanto.

⁷² Dworkin: “O direito como integridade é diferente [do convencionalismo e do pragmatismo]: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo: o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.” (*Ibidem*, p. 273).

⁷³ Dworkin, logo no início do capítulo VII de seu *Law's Empire* sintetiza a distinção entre convencionalismo, pragmatismo e integridade, dos quais, mais adiante, vai concluir que apenas a integridade é interpretativa: “O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.” (*Ibidem*, p. 271).

⁷⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 386.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 387.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 387.

Quarta etapa:⁷⁷ aqui, há de se verificar se as interpretações assimilam uma teoria geral do Direito, coerentemente, de modo a integrar uma rede inconsútil em que reste por tal interpretação justificada a rede como um todo. Cuida-se de uma visão holística acerca do Direito, sem distinções de seus ramos ou disciplinas, o que se traduz num ângulo de visada do fenômeno jurídico em que cada parte deve ser justificada pelo todo e assim reciprocamente. Somente então é possível alcançar uma unidade dos princípios morais imanentes a uma comunidade. Comunidade, esta, vista como a única autora do Direito.

Importante ferramenta utilizada por DWORKIN para conferir substância à sua metodologia de enfrentamento do Direito é sua radical visão contrária à discricionariedade judicial defendida pelo positivismo quando em pauta os denominados *casos difíceis*.⁷⁸ Aqui guarnece o principal *leitmotiv* pós-positivista, na superação do modelo que imputava ao juiz ampla margem de liberdade quando ausente uma resposta dentro do sistema normativo positivo, de modo a que, em casos tais, fosse-lhe permitido, em sua atividade decisória, escolher a solução que, lastreada em seu entendimento subjetivo, reputasse a mais adequada, sem necessária vinculação a parâmetros de ordem moral. É justamente contra esta ideia que vai se voltar o pós-positivismo e, em particular, a teoria dworkiana. Assim sendo, após fazer a distinção entre discricionariedade no sentido fraco e forte⁷⁹ e

concluir que o positivismo opta pelo sentido mais forte, o jurista em estudo defende um modelo em que ausente a possibilidade de haver discricionariedade judicial. A principal crítica lançada por DWORKIN é no sentido de que, ao se adotar aquele modelo positivista, o juiz estaria criando dever *ex post facto*, a surpreender a parte vencida na demanda, o que corrompe o necessário compromisso que o Direito deve ter com a segurança jurídica. Assim, alternativamente àquele modelo, DWORKIN cria a “teoria dos direitos”, segundo a qual as partes possuem direitos prévios à instauração da demanda, mesmo que não positivados em regras, mas sempre expressados nos princípios, os quais devem ser reconhecidos pelo juiz.⁸⁰ Tais princípios devem ser empregados mediante a interpretação construtivista realizada dentro do ordenamento jurídico (teia inconsútil) e de acordo com a história institucional do Direito.⁸¹ Assim sendo, diversamente do que preconizava o positivismo, DWORKIN afirma que não existem várias respostas corretas, mas apenas uma, cujo achamento efetiva-se seguindo as etapas que descreve. Cria, para protagonizar, idealmente, o achamento da decisão correta, a figura do Juiz Hércules, modelo de magistrado com capacidades sobre-humanas. Hércules não é passivista – na medida em que não se subordina às autoridades eleitas –, nem ativista – posto que não aplica critérios de políticas, mas de princípios, não interferindo, por conseguinte, nas estratégias tendentes à satisfação dos interesses coletivos.

De acordo com o método dworkiano, a ser seguido por Hércules, no primeiro momento este deve ter como base de sua atividade intelectual os princípios já existentes no sistema, de onde decorre o reconhecimento

⁷⁷ *Ibidem*, p. 388.

⁷⁸ De logo se diga que o método proposto por Dworkin aplica-se tanto aos casos fáceis quanto aos difíceis, embora seja nestes últimos que residirá a maior complexidade e o que confere à sua teoria maior visibilidade. Diferentemente, o juspositivismo preconizava o método subsuntivo para os casos fáceis e a discricionariedade para os difíceis.

⁷⁹ Em apertada síntese, discricionariedade no sentido fraco seria aquela em que o poder de decisão se dá dentro de determinados parâmetros, enquanto a discricionariedade no sentido forte seria a em que se verifica maior amplitude decisória. Como exemplo de discricionariedade em sentido fraco, Dworkin dá o caso da ordem dirigida a um sargento para que este levasse em patrulha seus cinco homens mais experientes. Por outro lado, exemplifica a discricionariedade em sentido forte com o caso do sargento

que recebe ordem de levar em patrulha cinco homens.

⁸⁰ Lembre-se do quanto se falou, no início deste item, acerca da ideia de política e democracia em Dworkin.

⁸¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo 2: a versão interpretativista de Dworkin. *Âmbito Jurídico*, XVI, n. 117, out. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13759&revista_caderno=15>. Acesso em: 10 out. 2016.

dos direitos concretos das partes, ainda que sejam contrariados por eventuais políticas. Paralelamente a isto, o magistrado deverá ter em conta as finalidades políticas que inspiraram o Parlamento na edição das leis, não como fatos psicológicos ao modo da teoria subjetivista, mas como fatos históricos devidamente documentados. Hércules deve, ainda, manter íntegro o Direito (Direito como integridade), construindo sua decisão à luz dos precedentes judiciais pertinentes, preservando a teia inconsútil em que estruturado o ordenamento, curando, desta forma, para seu não-rompimento. Quando Hércules se deparar com um precedente equivocado, motivado por um erro institucional, a abalar a teia inconsútil diante dos demais precedentes, deverá desconsiderá-lo, negando-lhe o efeito gravitacional, justificando tal conclusão mediante os princípios que o nortearam. Caso presentes princípios com pesos diversos, deverá Hércules adotar o critério da “prioridade local” (*local priority*), o que significa dizer: deverá, em tais casos, dar preferência aos princípios que mais de perto tenham a ver com a matéria jurídica em questão. Hércules deverá, ainda, proceder a uma leitura moral (*moral reading*) dos preceitos normativos, construindo interpretativamente o significado das normas em consonância com a moralidade política imanente na comunidade.

Com isso, DWORKIN assevera ser possível chegar-se à única resposta correta, tese que recebe as mais variadas críticas, que não importa aqui debater, tendo em vista o caráter (predominantemente) expositivo deste trabalho acerca das metodologias que se espraíram por décadas, iniciando-se pelo positivismo clássico até chegar ao pós-positivismo.

A esta altura, já se afigura de fácil compreensão e vislumbre quão inspirado se mostra DWORKIN pela hermenêutica filosófica de HANS-GEORG GADAMER, cuja centralidade temática é muito bem explanada por FERRATER MORA:

Com efeito, a hermenêutica não é para Gadamer um simples método das ciências do espírito, mas se converte em um modo de compreensão dessas ciências e da história graças às possibilidades que oferece de interpretação dentro das tradições. O novo sentido que Gadamer dá à hermenêutica é paralelo ao sentido que ele dá à compreensão [...], que se manifesta como um acontecer (*Geschehen*) [...], e especificamente como um acontecer da tradição ou transmissão (*Ueberlieferungsgeschehen*). Por isso a hermenêutica é o exame das condições em que ocorre a compreensão. A hermenêutica considera, portanto, uma relação, e não determinado objeto, como o é um texto. Como essa relação se manifesta na forma da transmissão da tradição mediante a linguagem, essa última é fundamental, não como um objeto a ser compreendido e interpretado, mas como um acontecimento cujo sentido se trata de penetrar.⁸²

VIII. Conclusões

Como visto, o principal objetivo deste trabalho foi traçar uma síntese de algumas das principais Escolas que, ao longo dos anos, dedicaram-se ao tratamento metodológico do Direito, propiciando assim uma visão panorâmica que fosse tributária de um melhor entendimento da temática em tela, pois antes de se enfrentar, mediante um profundo exame, cada uma das linhas de pensamento expostas, nada mais pertinente do que se lançar um olhar sobre o todo que tais pensamentos representam. É como o visualizar uma enorme montanha do ponto o mais distante possível: tal facilita uma visão da montanha em sua integralidade. Contudo, essa visão não dispensa que, após, se percorra a própria montanha a fim de desvelar-lhe os ocultos mistérios. Assim também, segundo entendo, acontece com

82 FERRATER MORA, José. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005, t. II, p. 1.331.

o conhecimento em geral: uma antecedente visão do todo produz pré-compreensões necessárias ao enfrentamento de cada uma das partes que o compõem. Outra não foi a intenção deste trabalho, a preparar o terreno para que o leitor possa, doravante, aprofundar-se na temática proposta, descobrindo novos horizontes e novas conexões de sentido.

Após termos percorrido, portanto, os diversos métodos que tiveram por escopo o enfrentamento do fenômeno jurídico em sua vida prática – métodos estes que, como visto, sempre se atrelaram de alguma maneira ao conceito de Direito concebido pelas diversas Escolas de pensamento –, partindo do positivismo, em suas diversas correntes, até chegarmos ao pós-positivismo atual, deparamo-nos com uma situação em que resta algo a ser definido. O êxito alcançado pela teoria pura de Kelsen, ou pela Jurisprudência dos Interesses, com sua operacionalidade e incursão na vida prática, ainda não foi atingido por nenhuma concepção jurídica hodierna, havendo, ainda, decisões lastreadas na metodologia juspositivista, estejam ou não, seus autores, cômicos disto, como se fosse algo culturalmente entranhado no espírito. Até mesmo algumas aplicações das modernas teorias pelos Tribunais, não raras vezes acabam pecando por carência de fidelidade ao *modus operandi* que tais teorias

abracem. Talvez este *déficit* de assimilação, pelos menos em termos de completude, das modernas teorias à *praxis*, se deva a dificuldades operacionais, tais como as apresentadas pela argumentação de matriz alexyana, e, mais ainda, pelo modelo decisório proposto por DWORKIN, o qual se afirma, a meu ver, como um ideal de difícil ou quicá impossível efetividade prática. As críticas destes modelos – os quais, diga-se de passagem, têm inquestionáveis méritos – deverão ser objeto de ulteriores trabalhos. Por ora, limitei-me à sumária exposição das doutrinas mais relevantes, demonstrando – o que se me apresenta como de crucial relevância – quão se afigura condicionada uma metodologia de como proceder no Direito em sua prática com a concepção que se tenha do Direito, constituindo-se duas faces da mesma moeda. Neste sentido, talvez a teoria que acabará conquistando maior espaço na *praxis* jurídica do futuro seja aquela que, em adequada reciprocidade circular, concilie o mais consentâneo conceito de Direito com a mais operacional (e viável) metodologia que lhe corresponda e se lhe vincule, pois o reclame maior repousa não apenas sobre um conceito de Direito que garanta o casamento deste com superiores níveis axiológicos, mas que, também, seja seguido de métodos efetivamente praticáveis.

Bibliografia

ALEXYY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso: introdução à filosofia da linguagem*. São Paulo: Parábola, 2011.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2.

_____. *Metodologia jurídica*. Coimbra: Coimbra, 1993.

DWORKIN, Robert. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRATER MORA, José. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005, t. II.

_____. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, t. IV.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 8. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. São Paulo: Vozes, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Iara Menezes. Escola da exegese. *Revista Brasileira de Estudo Políticos*, v. 97, p. 105-122, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55/53>>. Acesso em: 10 out. 2016.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA, Felipe Oliveira de. Entre o não-positivismo e o positivismo jurídico: notas sobre o conceito de direito em Robert Alexy. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 14, p. 302-303, jan./mar. 2011.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz; PASOLD, Luiz Cesar. Pós-positivismo 1: a versão procedimentalista de Alexy. *Revista Jurídica Cesumar – mestrado*, v. 13, n. 1, p. 131-159, jan./jun. 2013.

_____. Pós-positivismo 2: a versão interpretativista de Dworkin. *Âmbito Jurídico*, XVI, n. 117, out. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13759&revista_caderno=15>. Acesso em: 10 out. 2016.

Reflexões sobre o artigo 184 do Código Tributário Nacional e o artigo 30 da Lei de Execução Fiscal



Fabiano Righi

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo com especialização em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Oficial de Justiça Avaliador Federal lotado na CEUNI – Central Unificada de Mandados – Justiça Federal de 1ª Instância em São Paulo.

RESUMO: Visa este trabalho demonstrar que, em matéria de negócios jurídicos gratuitos, uma vez aposta a cláusula de impenhorabilidade, esta deve prevalecer, ainda que o artigo 184 do Código Tributário Nacional e o artigo 30 da Lei de Execução Fiscal digam o contrário.

PALAVRAS-CHAVE: Impenhorabilidade, negócio jurídico gratuito, ato jurídico perfeito, direito adquirido, interpretação teleológica.

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo demostrar que, en el negocio jurídico gratuito, una vez colocada la cláusula de inembargabilidad, ella debe prevalecer, aun el artículo 184 del Código Fiscal de la Nación y el artículo 30 de la Ley de Ejecución Fiscal dicen lo contrario.

PALABRAS-CLAVE : Inembargabilidad, negocio jurídico gratuito, acto jurídico perfecto, derecho adquirido, interpretación teleológica.

SUMÁRIO: 1. Introito. 2. Visão doutrinária. 3. Orientação jurisprudencial. 4. Crítica sob a ótica constitucional. 5. A lógica por trás da atividade interpretativa. 6. A distinção entre negócios jurídicos onerosos e gratuitos e o merecimento de tratamentos distintos. 7. A interpretação teleológica como imperativo hermenêutico. Referências bibliográficas.

1. Introito

Preceitua o artigo 184 do Código Tributário Nacional:

Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Substituídas as palavras “do crédito tributário” por “da dívida ativa da Fazenda Pública”, a regra aqui inscrita é uma cópia daquela apresentada pelo artigo 3º da Lei de Execução Fiscal.

Em ambas, está previsto um privilégio legal em favor da Fazenda Pública para executar seus créditos tributários.

É que bens gravados com a cláusula de impenhorabilidade normalmente não se sujeitam a penhora em uma execução entre particulares.

Não assim, porém, numa execução fiscal, pois, nesta, o privilégio legal afastaria o argumento da impenhorabilidade em face da Fazenda Pública, conforme visto:

Art. 184. (...) responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, (...) inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade (...).

2. Visão doutrinária

A doutrina faz uma leitura textual dos mencionados artigos e endossa o entendi-

mento de que o crédito tributário tem preferência sobre as garantias reais e se sobrepõe à cláusula de impenhorabilidade. Citem-se exemplos:

Prof. Aliomar Baleeiro:

O artigo 184 do Código Tributário Nacional expressa que é inoperante em relação ao crédito tributário a existência de hipotecas, anticreses, penhores, cauções, usufrutos, cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, enfim, privilégios que valem entre particulares, quando averbados nos registros públicos.¹

A doutrina, com razão, concilia os dois dispositivos (artigo 649, I do Código de Processo Civil e artigo 184 do Código Tributário Nacional) para considerar absolutamente impenhoráveis apenas aqueles bens assim declarados por lei, jamais por ato de vontade).²

Prof. Humberto Theodoro Júnior:

No sistema do Código de Processo Civil, são absolutamente impenhoráveis os bens que, por testamento ou doação, suportarem as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade (art. 649, I). Perante a execução fiscal, todavia, as cláusulas em questão são inócuas, de sorte a não impedirem a penhora, posto que, segundo os arts. 184 do Código Tributário Nacional e 30 da Lei nº 6.830, também os bens clausulados e suas rendas se incluem na responsabilidade patrimonial do devedor da Fazenda Pública.³

Prof. Manoel Álvares:

Ocorre que a interpretação desses dispositivos da Lei de Execução Fiscal (“artigo 10: Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata

1 BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 603.
2 *Ibidem*, p. 970.
3 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 211-212.

o artigo 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis” e artigo 30: “Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da dívida ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis”) não pode ser simplesmente literal e dissociada do sistema de privilégio geral instituído em favor da dívida ativa tributária ou não-tributária. O Código Tributário Nacional tem natureza de lei complementar e estabeleceu que também respondem pelo pagamento do crédito tributário os bens gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade. O Código de Processo Civil, que é lei ordinária, não poderia ter revogado esse privilégio. De outra parte, com a vigência do artigo 30 da Lei de Execução Fiscal, de 1980, a impenhorabilidade absoluta prevista no inciso I do artigo 649 do Código de Processo Civil, de 1973, não mais pode ser oposta à dívida ativa, tributária ou não-tributária, por aplicação do princípio *lex posteriori derogat lex priori*.

Em relação à dívida ativa, pois, não são absolutamente impenhoráveis os bens e rendas declarados ou reconhecidos com esse atributo em decorrência de ato de vontade. A impenhorabilidade absoluta em face ao crédito da Fazenda Pública, somente decorre de lei vigente, a exemplo dos casos referidos nos incisos II a X do Código de Processo Civil, do bem de família (Lei nº 8.009/90), dos bens públicos (artigo 66 do Código Civil), do FGTS etc.⁴

Prof. Carlos Alberto Dabus Maluf:

Nos termos que ficaram postos na lei especial que regula a execução fiscal, verifica-se claramente a intenção do legislador de beneficiar a Fazenda Pública em detrimento do particular, pois as cláusulas restritivas perdem a eficácia frente ao crédito das Fazendas, pouco importando a data da constituição do ônus.⁵

Maria Helena Rau de Souza:

A exceção é feita tão-somente aos bens ou rendas declaradas por lei como absolutamente impenhoráveis, devendo, como norma excepcional que é, ser tomada em sentido restritivo. Destarte, a regra do artigo 649, inciso I, do Código de Processo Civil, segundo a qual são absolutamente impenhoráveis os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução, não é oponível à cobrança do crédito público por força do privilégio geral com amplitude peculiar instituído pela lei complementar tributária.⁶

Prof. José da Silva Pacheco:

Assim, ainda que a hipoteca, penhor, anticrese sejam anteriores ao crédito fazendário, tributário ou não-tributário, os bens objeto de garantia real respondem pela dívida ativa. Os bens doados ou deixados com as cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade, igualmente, respondem pela dívida ativa.⁷

4 ÁLVARES, Manoel; et al. *Execução fiscal* – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 463-464.

5 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 75.

6 FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Código tributário nacional comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 692.

7 PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de execução fiscal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 256.

3. Orientação jurisprudencial

A jurisprudência segue a mesma linha, prende-se à literalidade dos referidos artigos 184 do Código Tributário Nacional e 30 da Lei de Execução Fiscal e reitera a prevalência do crédito tributário sobre a cláusula de impenhorabilidade. Eis aí alguns exemplos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BEM GRAVADO COM CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE. PENHORA. POSSIBILIDADE.

Perante a execução fiscal, as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade são inócuas, não impedindo a penhora, pois, segundo os artigos 184 do Código Tributário Nacional e 30 da Lei nº 6.830, também os bens clausulados e suas rendas se incluem na responsabilidade patrimonial do devedor da Fazenda Pública. **ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE FIDEICOMISSO NÃO COMPROVADA NOS AUTOS.** Agravo a que se nega provimento.

(TJ/RS, Agravo de Instrumento 70003146206, Sexta Câmara Cível, Relator Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, j. 14/11/2001)

EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – POSSIBILIDADE – PENHORA – IMÓVEL GRAVADO COM CLÁUSULA DE IMPENHORABILIDADE E INALIENABILIDADE – ARTIGO 184 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - ALCANCE E INCIDÊNCIA. Assente nos tribunais pátrios a possibilidade do executado argüir, nos próprios autos da execução, matéria dizente à falta das condições da ação ou sobre a existência de nulidades absolutas, em sede do que se convencionou denominar de exceção de pré-executividade. Os ditames do art. 184 do CTN são cristalinos em definir que os bens do contribuinte, gravados com cláusula de impenhorabilidade

e inalienabilidade, respondem pelo débito perante o fisco, pois as mesmas aludem as relações regidas pelo direito privado e não naquelas havidas no campo tributário. Também tais cláusulas não se inserem nas hipóteses do art. 649, I, do CPC, por originarem-se de ato voluntário, não podendo ser consideradas, absolutamente, impenhoráveis, atributo este que decorre de expressa disposição legal. Ocorrendo a doação clausulada na vigência do art. 184 do CTN, a eficácia deste ato está condicionada ao atendimento dos seus preceitos. Agravo desprovido.

(TJ/MG, Agravo de Instrumento 1.0000.00.247.661-2/000, Terceira Câmara Cível, Relator Desembargador Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, j. 25/10/2001)

1 – Embargos declaratórios. Prazo para interposição de recurso extraordinário. Na contagem do prazo, que sobejar, não se computa o dia da publicação do acórdão proferido nos embargos de declaração.

2 – Civil. Imóvel gravado com a cláusula de inalienabilidade, de que cogita o art. 1676 do Código Civil. A proibição abrange os atos voluntários. O proprietário só perde o bem inalienável por desapropriação ou execução fiscal. Não o perde, porém, por usucapião.

3 – Recurso extraordinário não conhecido.

(STF, Recurso Extraordinário 97.707-4/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Alfredo Buzaid, j. 03/02/1983)

4. Crítica sob a ótica constitucional

Data maxima venia, visa este artigo demonstrar que são lições e decisões equivocadas, pois olvidam regras insculpidas no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo a qual “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” e artigo 8º do Novo Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Na celeberrima Segunda Carta de Paulo aos Coríntios, Capítulo 3, Versículo 6, o apóstolo já alertava quanto aos males da interpretação literal, advertindo: “Littera enim occidit spiritus autem vivificat”. Eis aí a exortação que cabe à doutrina e jurisprudência.

Figure-se a hipótese de um pai que, visando tão somente proteger seu filho menor contra eventuais tropeços financeiros durante sua vida adulta, doa a ele um bem gravado com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Trata-se de um ato de liberalidade do genitor para beneficiar seu descendente. Quem poderia acusá-lo de má-fé ao assim dispor? Que mácula poderia acoimar esse negócio jurídico? Que vício lhe poderia ser imputado?



Fato é que sua manifestação de vontade deu origem a um ato jurídico perfeito.

Segundo o artigo 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 6º. (...)

§ 1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Para consumar-se um ato jurídico, são necessários agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. É a regra prevista no artigo 104 do Código Civil.

No exemplo mencionado, cuida-se da doação pura, gratuita de um bem. É negócio jurídico autorizado pelos artigos 538 e seguintes do Código Civil.

Há a imposição da cláusula de impenhorabilidade. O artigo 1.911 do Código Civil e a Lei de Registros Públicos, em seu artigo 167, II, n. 11 a tanto autorizam.

Partindo-se do pressuposto de que o doador é capaz (maior de idade, manifestando livremente sua vontade), de que o objeto é lícito (não contrasta com a lei, com a moral ou com os bons costumes), possível (não há regra que impossibilite tal negócio jurídico), determinado ou determinável (a transferência gratuita de bens a outra pessoa) e a forma observada foi a prescrita ou não proibida em lei (escritura pública para o caso de transferência de imóvel com valor superior a trinta vezes o salário mínimo), chega-se à conclusão de que se consumou um ato jurídico perfeito.

De outra parte, determina a Constituição Brasileira em seu artigo 5º, XXXVI, que:

Art. 5º. (...)

XXXVI - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Se é assim, não se concebe a ideia de que uma lei, tenha ela *status* de lei complementar, como é o caso do Código Tributário Nacional, ou de lei ordinária, como a Lei de Execução Fiscal, possa sobrepor-se ao comando constitucional mencionado para invalidar um ato jurídico perfeito, constituído higidamente com todos os requisitos. Sob o ângulo do donatário, também não é admissível que uma lei tenha por efeito prejudicar seu direito adquirido, pois a isto também

se opõe a vedação constitucional.

É a regra do artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Art. 6º. (...)

§ 2º. Consideram-se adquiridos, assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

No exemplo citado, ao receber a doação com a cláusula ora em estudo, o bem assim conquistado passa a integrar o patrimônio do beneficiário.

O donatário tornou-se proprietário.

Grosso modo, a partir da tradição da coisa, isto é, de sua entrega ao donatário, este passa à condição de dono e, como tal, tem a faculdade de usar e gozar da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

É a prova de que o direito é adquirido e passou a pertencer potestativamente ao donatário.

Por óbvio, ele não tem o direito de dispor da coisa, pois está atrelado às cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Isso, porém, não desvirtua seu direito de propriedade. Apenas modifica-o.

Diante da intangibilidade do direito adquirido, não tem cabimento imaginar-se que leis infraconstitucionais como o Código Tributário Nacional e a Lei de Execução Fiscal possam invalidar a cláusula em estudo.

5. A lógica por trás da atividade interpretativa

A interpretação das leis deve guardar um sentido de razoabilidade, de bom senso, como, de resto, tudo no Direito.

Mais do que isso, deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Não é o que ocorre. A prevalecer a regra do Código Tributário Nacional ou da Lei de Execução Fiscal, na maneira como vem sendo interpretada pela doutrina e jurisprudência, chega-se a um dilema, qual seja: o donatário não pode dispor do bem recebido por força da cláusula de inalienabilidade, não pode comunicá-lo com o patrimônio de eventual cônjuge em razão da incomunicabilidade, mas está sujeito a sua penhora em virtude da ineficácia da cláusula diante da Fazenda Pública.

Eis aí o engano: ou valem todas as cláusulas, ligadas que são umas às outras, ou não vale nenhuma. Não se justifica ora valham, ora não. Isso atenta contra a segurança jurídica.

6. A distinção entre negócios jurídicos onerosos e gratuitos e o merecimento de tratamentos distintos

Talvez tenha ocorrido uma contaminação na doutrina e jurisprudência por conta de casos semelhantes aos ora estudados.

Vide exemplos:

PROCESSUAL CIVIL. BEM MÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. DECRETO-LEI Nº 413/69. IMPENHORABILIDADE RELATIVA. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

1. Os bens entregues em garantia hipotecária, tanto em cédula de crédito rural como em cédula de crédito comercial ou industrial, têm impenhorabilidade relativa, porquanto é inoponível ao Fisco, em face da prevalência dos créditos tributários, que preferem a qualquer outro,

seja qual for a natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho, nos termos dos arts. 184 a 187 do CTN.

2. Precedentes: REsp 681.402/RS, DJ 17.09.2007; REsp 633.463/BA, DJ 25.04.2005; REsp 522.469/RS, DJ 18.04.2005; REsp 672.029/RS, DJ 16.05.2005.

3. Recurso especial provido.

(STJ, Recurso Especial 874983/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 12/02/2008, DJe 03/04/2008)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BEM GRAVADO DE INALIENABILIDADE EM CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. IMPENHORABILIDADE QUE NÃO PREVALECE DIANTE DE EXECUTIVO FISCAL.

1. Está assentado na jurisprudência do STJ o entendimento segundo o qual a impenhorabilidade prevista nos arts. 69 do Decreto-lei 167/67 e 57 do Decreto-lei 413/69, em favor, respectivamente, dos bens dados em garantia em operações com cédulas de crédito rural e com crédito industrial, é relativa, não prevalecendo diante da penhora realizada em executivo fiscal.

2. Recurso especial provido.

(STJ, Recurso Especial 575590/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 15/08/2006, DJ 31/08/2006)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. BENS DADOS EM GARANTIA EM OPERAÇÕES COM CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. IMPENHORABILIDADE RELATIVA. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA.

I - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, a impenhorabilidade prevista no art. 69 do Decreto-lei nº 167/67, em favor dos bens dados em garantia em operações com cédulas de crédito rural, é relativa,

não prevalecendo diante de penhora realizada em executivo fiscal.

II - O recurso especial, interposto pela alínea “a” e/ou pela alínea “c”, do inciso III, do artigo 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula 83/STJ.

III - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV - Agravo Regimental improvido.

(STJ, Agravo Regimental em Recurso Especial 1403662/CE, Primeira Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa, j. 20/10/2015, DJe 06/11/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. CABIMENTO.

1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que os bens gravados com hipoteca oriunda de cédula de crédito podem ser penhorados para satisfazer o débito fiscal. Isso porque a impenhorabilidade de que trata o art. 57 do Decreto-Lei 413/69 não é absoluta, cedendo à preferência concedida ao crédito tributário pelo art. 184 do CTN.

2. Agravo Regimental não provido.

(STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial 1327595/BA, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 19/03/2015, DJe 06/04/2015)

Por cédula de crédito rural e cédula de crédito industrial deve-se entender o título de crédito representativo de empréstimo em dinheiro para o financiamento da produção rural ou industrial com garantia real de pagamento, seja ela pignoratícia (penhor de um bem móvel) ou hipotecária (hipoteca de um imóvel).

São casos semelhantes, pois se trata de bens que, por força de lei, também não se sujeitam a penhora.

O artigo 69 do Decreto-Lei nº 167/1967 e o artigo 57 do Decreto-Lei nº 413/1969 estabelecem que os bens objetos de penhor ou de hipoteca constituídos pela cédula de crédito rural ou industrial não serão penhorados.

Como dito, são casos semelhantes, mas não iguais.

Doutrina e jurisprudência conciliam essa impenhorabilidade dos bens oferecidos como garantia real ao pagamento da cédula de crédito classificando-a apenas como impenhorabilidade relativa, não oponível ao crédito tributário.

Justifica-se: quando um produtor rural ou industrial pede empréstimo a uma instituição financeira para custear sua produção, ele está celebrando um contrato oneroso. Há a fixação de juros, correção monetária, comissão de fiscalização. Exige-se a apresentação de garantia real por meio do penhor ou da hipoteca de bens. Em suma, trata-se de negócio com fins lucrativos, econômicos.

Dar preferência ao crédito tributário sobre as referidas garantias reais nessas condições é razoável, pois o risco faz parte da atividade empresarial e quem tem expectativa de lucro também deve estar ciente de que daquele negócio podem advir prejuízos.

Não assim no caso de doação pura com a cláusula de impenhorabilidade. Tampouco nas hipóteses de herança e legado recebidos gratuitamente.

Aí está a diferença. São negócios jurídicos gratuitos. Trata-se de liberalidades. Não há intuito de lucro.

Nesse tipo de negócio, como visto, é possível a aposição de cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade.

Concretizando-se o ato jurídico, exsurgem duas posições:

1) A do disponente que experimenta um sacrifício patrimonial;

2) A do beneficiário que, embora tenha recebido uma vantagem, sofre com a impossibilidade de dispor, oferecer em penhora ou comunicar a coisa recebida, por conta das cláusulas impostas.

No caso, a Fazenda Pública não experimenta sacrifício nem limitação. Ela sequer faz parte do contrato. Vale-se, porém, da doutrina e jurisprudência atuais, para ignorar o sacrifício do primeiro, desprezar as limitações impostas ao segundo e de tudo só retirar o benefício da penhora e excussão forçada dos bens.

Isso sem contar o recebimento dos impostos *inter vivos* e *causa mortis* que, muitas vezes, são gerados nessas operações.

A desproporcionalidade reside aí. A Fazenda Pública só auferir vantagens. A iniciativa privada, apenas desvantagens.

Cabe aqui mencionar o brocardo jurídico: “Qui certat de damno vitando” e “Qui certat de lucro captando”. Entre o interesse de quem busca uma vantagem e o de quem procura evitar um dano, deve-se privilegiar o do segundo.



O Fisco não participa, não doa nem recebe, mas, ao final, experimenta a primazia de excutir bens que, decerto, sabia pertencerem ao doador, ao autor da herança ou legado e não a seu devedor.

A injustiça é dupla. Explica-se: ao autorizar a penhora de bens gravados com impenhorabilidade, por uma via oblíqua, acabam pagando pela dívida os doadores, autores da herança ou do legado, os quais nada deviam.

De outro lado, os verdadeiros devedores do Fisco, isto é, os donatários, herdeiros ou legatários nada pagam, pois receberam os bens de graça e, portanto, não experimentam rigorosamente diminuição patrimonial.

7. A interpretação teleológica como imperativo hermenêutico

Os negócios jurídicos a título gratuito merecem interpretação mais indulgente, sob pena de estarem fadados à extinção.

A prevalecer o entendimento jurisprudencial e doutrinário corrente, ninguém mais alimentará a vã ilusão de assegurar um futuro financeiro tranquilo a outrem por meio de doação, herança ou legado gratuitos, ante a possibilidade iminente de que seu sacrifício patrimonial seja subtraído a qualquer momento pela Fazenda Pública.

Como consequência, esses negócios jurídicos tendem a tornar-se letra morta no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Estatui o artigo 833, I, do Novo Código de Processo Civil:

Art. 833. São impenhoráveis:
I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

São impenhoráveis os bens assim de-

clarados por ato voluntário. Mas por vontade de quem? Do doador, do autor da herança ou do legado, deixados gratuitamente ou por vontade da Fazenda Pública?

Preceitua o inciso IV do mesmo dispositivo:

Art. 833. São impenhoráveis:
IV - os vencimentos, os subsídios (...), bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família (...)

De outra parte, o artigo 813, *caput*, do Código Civil estabelece:

Art. 813. A renda constituída por título gratuito pode, por ato do instituidor, ficar isenta de todas as execuções pendentes e futuras.

A teleologia dos referidos dispositivos legais aponta no sentido de beneficiar, de assegurar um futuro economicamente tranquilo aos donatários, herdeiros ou legatários a título gratuito. Interpretá-los contrariamente a essa finalidade significa desvirtuar os preceitos contidos no Código Civil e Código de Processo Civil e esvaziá-los de conteúdo.

Uma interpretação desconectada dos fins sociais e das exigências do bem comum não promove nem resguarda a dignidade da pessoa humana, senão desrespeita a proporcionalidade e a razoabilidade.

A par disso, viola um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto no inciso IV do artigo 1º da Constituição, qual seja a livre iniciativa, tolhida que fica pela voracidade fiscal do Estado.

Se o Brasil se pretende um Estado Democrático de Direito, essa orientação doutrinária e jurisprudencial deve ser revista, sob pena de afronta ao elemento “Democrático” inaugurado em nossa história constitucional pela Carta de 1988.

Referências bibliográficas

ÁLVARES, Manoel; *et al.* *Execução fiscal* – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Código tributário nacional comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de execução fiscal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL
0001564-69.2007.4.03.6104
(2007.61.04.001564-2)

Apelante: ERNST ROBERT GERHARD WALKER
Apelados: UNIÃO FEDERAL E ESTADO DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SANTOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: AC 1926967
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/10/2016

EMENTA

DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA - PRESCRIÇÃO PREVISTA NO ART. 1º DO DEC. 20.910/32 - INOCORRÊNCIA - APELO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

1. O NCPC, conquanto se aplique imediatamente aos processos em curso, não atinge as situações já consolidadas dentro do processo (art. 14), em obediência ao princípio da não surpresa e ao princípio constitucional do isolamento dos atos processuais. Assim, ainda que o recurso tivesse sido interposto após a entrada em vigor do NCPC, o que não é o caso, por ter sido a sentença proferida sob a égide da lei anterior, é à luz dessa lei que ela deverá ser reexaminada pelo Tribunal, ainda que para reformá-la.
2. Para a configuração da desapropriação indireta, a doutrina é no sentido de que deve haver apossamento do bem pelo Estado, em caráter irreversível, para a utilização pública, sem que tenha havido prévia ação de desapropriação.
3. E não se confunde com a desapropriação indireta a mera limitação administrativa, ainda que caracterizado o esvaziamento do poder econômico do imóvel, conforme entendimento firmado pelo Egrégio STJ (AgRg no REsp nº 1.389.132/SC, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 26/05/2015).
4. No caso, o Decreto Federal nº 90.347/84 e os Decretos Estaduais nºs 26.881/87 e 30.817/89 não impediram integralmente a ocupação humana, nem a utilização das propriedades privadas, podendo ser exploradas com algumas restrições legais. E a perícia oficial concluiu que parte da área em questão pode ser ocupada para se atender a demanda turística da região, do que se conclui que não houve eliminação do conteúdo econômico da propriedade, mas tão-somente a sua restrição.
5. Não tendo sido constatado o alegado esvaziamento do conteúdo econômico do imóvel, não pode a limitação administrativa ser equiparada a desapropriação indireta, devendo ser observado o prazo prescricional previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32. Precedente do Egrégio STJ.
6. Considerando que a restrição administrativa se deu em 24/10/84, com a publicação do Decreto nº 90.347/84, e que a presente ação foi ajuizada em 07/12/2004, deve ser mantida a sentença que, reconhecendo a prescrição quinquenal, julgou extinto o feito, com fulcro no artigo 269, inciso IV, do CPC/1973.
7. E ainda que a restrição administrativa, no caso, fosse equiparada à desapropriação indireta, também estaria configurada a prescrição, pois o ajuizamento da demanda ocorreu após o decurso do prazo vintenário, a que se refere a Súmula nº 119/STJ ("A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos").
8. Apelo improvido. Sentença mantida.

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 apelo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de outubro de 2016.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Trata-se de apelação interposta em 02/09/2013 por ERNST ROBERT GERHARD WALKER contra sentença proferida em 01/08/2013 que, nos autos da *ação ordinária* ajuizada em face do ESTADO DE SÃO PAULO, assistido pela UNIÃO FEDERAL, objetivando o recebimento de indenização em razão de desapropriação indireta, *julgou extinto o feito*, com fulcro no artigo 269, inciso IV, do CPC/1973, sob o fundamento de que, na hipótese de limitação administrativa, o prazo prescricional é aquele previsto no Decreto nº 20.910/32, condenando a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado atribuído à causa.

Sustenta o apelante, em suas razões, que não se trata de mera limitação administrativa, pois a limitação administrativa, conforme conclusão do laudo pericial, resultou em perda do seu conteúdo econômico. Defende, assim, que o prazo prescricional é o vintenário, nos termos da Súmula nº 119/STJ, requerendo a reforma total do julgado.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Egrégio Tribunal.

Nesta Corte, o D. Representante do Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Em primeiro lugar, ante a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) a partir de 18 de março de 2016, cumpre fazer algumas considerações acerca dos julgamentos dos recursos interpostos sob a égide do antigo Código (Lei nº 5.869/73).

Dispõe o artigo 14 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a égide da norma revogada.

Depreende-se da leitura do mencionado dispositivo que a nova lei processual, conquanto se aplique imediatamente aos processos em curso, não atinge as situações já consolidadas dentro do processo, em obediência ao *princípio da não surpresa* e ao *princípio constitucional do isolamento dos atos processuais*.

Como ensinam os ilustres TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER *et alii*, em *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo* (São Paulo: RT, 2015), “há, no processo, fenômeno semelhante e assimilável ao *direito adquirido processual*. Por isto é que a nova lei, embora se aplique aos processos em curso, não atinge situações consolidadas, *dentro do processo*.” (pág. 73). Na verdade, a aplicação imediata “é a regra e supõe respeito a situações ‘consolidadas’, tudo com o intuito quase único de evitar que as partes se *surpreendam* com as novas regras” (pág. 74).

Nesse sentido, também, é o comentário do ilustre jurista CASSIO SCARPINELLA BUENO, em *Novo Código de Processo Civil Anotado* (São Paulo: Saraiva, 2015):

Aprimorando a segunda parte do artigo 1.211 do CPC atual, o texto do art. 14 agasalha expressamente o princípio “*tempus regit actum*” que deve ser entendido como a incidência imediata das novas leis no processo em curso com a preservação dos atos processuais já praticados. É essa a razão pela qual se extrai do dispositivo também o chamado “princípio do isolamento dos atos processuais”, corretamente garantido (art. 5º, XXXI, da CF), ao assegurar o respeito aos atos processuais praticados e às situações jurídicas consolidadas sob o pálio da lei anterior (pág. 51).

Desse modo, ainda que o recurso tivesse sido interposto após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o que não é o caso dos autos, por ter sido a sentença proferida sob a égide da lei anterior, é à luz dessa lei que ela deverá ser reexaminada pelo Tribunal, ainda que para reformá-la, pois, como ensinam TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER *et alii*, “modificações decorrentes da lei que entrou em vigor depois de a decisão ter sido proferida não beneficiam nem prejudicam o recorrente e o recorrido: *não incidem*” (Op. cit., pág. 74).

Especialmente no que toca aos honorários advocatícios, entendo que não é hipótese de aplicação das novas regras previstas no novo Código de Processo Civil.

Isto porque, apesar de inserta no NCPC, a referida matéria não é de direito processual, mas sim de caráter notadamente material, compondo o mérito da demanda principal, e sujeita à lei em vigor ao tempo de seu aperfeiçoamento, em observância ao ato jurídico perfeito, direito constitucional insculpido no artigo 5º, XXXVI, da CF/88.

Segundo as lições dos ilustres professores NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

Recurso já interposto. Superveniência de lei nova. Quando o recurso já tiver sido interposto e sobrevier lei que altere o seu regime jurídico, manter-se-á eficaz a lei antiga quanto ao cabimento e ao procedimento do recurso. A este fenômeno dá-se o nome de *ultratatividade* (Cardozo. *Retroatividade*, p. 296 *et seq.*) ou *sobrevigência* (Cruz. *Aplicação*, n. 78, p. 298 *et seq.*) da lei anterior. V. Nery. *Recursos*, n. 3.7, pp. 469-471. (in *Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC - Lei 13.105/2015*. São Paulo: RT, 2015. pág. 229).

Conclui-se, pois, que o julgamento é parte do procedimento do recurso, devendo observar as regras em vigor no momento em que proferida a decisão impugnada.

Igualmente, não há que se falar em condenação em honorários recursais, inovação introduzida pelo CPC/2015.

Deveras, sendo os honorários recursais consequência da interposição de recurso, com evidente relação de causalidade que conduz à condenação honorária, não há como impor o seu pagamento no julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas na vigência do CPC/1973.

Nesse sentido, é o entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em seu Enunciado Administrativo nº 6, aprovado pelo Plenário, em sessão de 09/03/2016:

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

Passo, pois, ao exame do recurso de apelação.

Para a configuração da desapropriação indireta, a doutrina é no sentido de que deve haver apossamento do bem pelo Estado, em caráter irreversível, para a utilização pública, sem que tenha havido prévia ação de desapropriação.

E não se confunde com a desapropriação indireta a mera limitação administrativa, ainda que caracterizado o esvaziamento do poder econômico do imóvel, conforme entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. REEXAME DE FATOS. SÚMULA 7/STJ. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DIREITO AMBIENTAL. ESVAZIAMENTO ECONÔMICO. AUSÊNCIA DE APOSSAMENTO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Recurso especial em que se discute reconhecimento de desapropriação indireta e consequente indenização decorrentes de ato do poder público que limitou o direito de propriedade da parte recorrente, visto que o imóvel estava localizado em área de preservação ambiental.

2. O Tribunal de origem consignou que não houve desapropriação indireta por parte do Município, mas tão somente limitação administrativa, ressaltando o fato de os autores continuarem residindo no terreno e na casa dos quais alegam ter sido expropriados. Embora a parte defenda a inviabilidade de morar no local, o Tribunal declarou que a limitação administrativa feita pelo Município impossibilita a ampliação da edificação, mas não lhe prejudica a possibilidade de moradia. Afastar tal premissa encontra óbice na Súmula 7 desta Corte Superior.

3. “Não há desapropriação indireta sem que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não se constituem desapropriação indireta. O que ocorre com a edição de leis ambientais que restringem o uso da propriedade é a limitação administrativa, cujos prejuízos causados devem ser indenizados por meio de ação de direito pessoal, e não de direito real, como é o caso da ação em face de desapropriação indireta” (AgRg nos EDcl no AREsp 457.837/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/5/2014).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp nº 1.389.132/SC, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 26/05/2015)

No caso, o Decreto Federal nº 90.347/84 e os Decretos Estaduais nºs 26.881/87 e 30.817/89 não impediram integralmente a ocupação humana, nem a utilização das propriedades privadas, podendo ser exploradas com algumas restrições legais.

E a perícia oficial concluiu que parte da área em questão pode ser ocupada para se aten-

der a demanda turística da região, do que se conclui que não houve eliminação do conteúdo econômico da propriedade, mas tão-somente a sua restrição.

Não tendo sido constatado o alegado esvaziamento do conteúdo econômico do imóvel, não pode a limitação administrativa ser equiparada a desapropriação indireta, devendo ser observado o prazo prescricional previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DECRETO 750/93. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. PRECEDENTES.

1. O aresto embargado, ao tratar a hipótese como ação de indenização por desapropriação indireta, induzido pelos termos do acórdão recorrido, incorreu em erro passível de correção em sede de embargos de declaração.

2. A ação que busca a reparação de danos causados pela imposição de limitação administrativa está sujeita à prescrição quinquenal, seja em função do disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32, seja em razão da inovação legislativa trazida pela MP 2.183-56, de 2001, que acrescentou o parágrafo único no art. 10 do Decreto-Lei 3.365/41.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial.

(EDcl nos EDcl no REsp 1099169/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013)

Desse modo, considerando que a restrição administrativa se deu em 24/10/84, com a publicação do Decreto nº 90.347/84, e que a presente ação foi ajuizada em 07/12/2004, deve ser mantida a sentença que, reconhecendo a prescrição quinquenal, julgou extinto o feito, com fulcro no artigo 269, inciso IV, do CPC/1973.

E ainda que a restrição administrativa, no caso, fosse equiparada à desapropriação indireta, também estaria configurada a prescrição, pois o ajuizamento da demanda ocorreu após o decurso do prazo vintenário, a que se refere a Súmula nº 119/STJ (“A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos”).

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao apelo, mantendo a sentença recorrida, em seu inteiro teor.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

0005055-08.2007.4.03.6000

(2007.60.00.005055-0)

Parte Autora: COML. DE ALIMENTOS CARREFOUR S/A

Parte Ré: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - CRF/MS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: REOMS 312215

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2016

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA OFICIAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DROGARIA. FISCALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DO CRF. SUPERMERCADO. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS CORRELATOS. VENDA DE MEDICAMENTOS EM UNIDADE SEPARADA. POSSIBILIDADE. REGISTRO NO ÓRGÃO. ASSISTENCIA DE PROFISSIONAL HABILITADO. PRESCINDÍVEL NOVA INSCRIÇÃO NO CNPJ.

- A legitimidade do Conselho Regional de Farmácia decorre da Lei nº 3.820/80, que prevê sua competência para fiscalizar a regularidade do registro e a assistência de profissional legalmente habilitado nos estabelecimentos farmacêuticos, diversa daquela fixada ao órgão de vigilância sanitária (44 da Lei nº 5.991/73 e 44 do Decreto nº 74.170/74), que concede a licença e zela pelas condições de funcionamento dessas empresas.

- De acordo com o artigo 6º da Lei nº 5.991/73, a dispensação de medicamentos é atividade privativa de farmácia, drogaria, posto e dispensário de medicamentos. A drogaria, consoante definição do artigo 5º, é o estabelecimento que realiza a dispensação e o comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais. O artigo 4º, por sua vez, conceitua a empresa, como a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, aquela que exerce como negócio principal ou subsidiário a venda, fornecimento e distribuição de drogas, entre outras funções e considera estabelecimento a unidade da empresa que é destinada à transação de fármacos. Nesse contexto, evidencia-se que a empresa está autorizada à instalação de drogaria nas dependências do supermercado, como um estabelecimento anexo e destacado, conforme relatado pela impetrante, destinado exclusivamente ao fornecimento remunerado de drogas.

- Verifica-se do artigo 2º do estatuto social da empresa, registrado na JUCESP, que entre as atividades a serem desempenhadas pela sociedade está a compra, venda e revenda de drogas, medicamentos e especialidades farmacêuticas. Referido estabelecimento está registrado no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, com autorização à prática da atividade econômica secundária identificada pelo código 47.71.7-01, isto é, “comércio varejistas de produtos farmacêuticos sem manipulação de fórmulas”, ou seja, já obteve a atribuição de Cadastro Nacional de Atividade Econômica (CNAE-Fiscal) específico em seu Cadastro de Pessoa Jurídica (CNPJ) para desenvolver tal função. A legislação não exige que um estabelecimento tenha

como atividade principal e única a drogaria ou farmácia. No caso da impetrante, é possível o exercício de diversas tarefas, sem a necessidade de registros autônomos para cada negócio no CNPJ, uma vez que são os CNA (códigos nacionais de atividades econômicas) que definem as atividades principais ou secundárias.

- Considerado que o impetrante não busca dispensar medicamento no interior de seu estabelecimento comercial, em meio a outros produtos e com livre acesso ao consumidor, mas em drogaria instalada em local separado, regularmente registrada e com a assistência do responsável técnico profissional habilitado e inscrito no Conselho Regional de Farmácia, não há óbice à manutenção da sentença.

- Preliminar de nulidade de sentença rejeitada e, no mérito, remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade de sentença e, no mérito, negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de setembro de 2016.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

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

Reexame necessário de sentença que, em sede de mandado de segurança, concedeu a ordem para determinar que o Conselho Regional de Farmácia registre a drogaria da impetrante a ser instalada em suas dependências, com a devida anotação dos responsáveis técnicos, independentemente da obtenção de CNPJ individual e CNAE- fiscal específico (fls. 84/87).

O parecer ministerial é no sentido de que, preliminarmente, seja decretada a nulidade da sentença recorrida, para determinar a inclusão do órgão estadual de vigilância sanitária, como litisconsórcio passivo necessário e, no mérito, pugnou pelo provimento do recurso (fls. 100/103).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

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

I - Dos fatos

Mandado de segurança impetrado por Comercial de Alimentos Carrefour S/A. contra ato praticado pelo presidente do Conselho Regional de Farmácia do Estado do Mato Grosso do Sul/MS, com vista a obter o registro e habilitação dos responsáveis técnicos farmacêuticos de drogaria a ser instalada nas dependências do hipermercado. Aduz que, não obstante a previsão em seu contrato social, a autarquia exige a apresentação de novo CNPJ para realizar o registro

da drogaria, em contrariedade com os dispostos nas Leis nº 3.820/73, 6.839/80 e artigos 1º, inciso IV, e 170, inciso IV, e parágrafo único, da CF (fls. 02/22).

Em suas informações (fls. 54/57), a autoridade coatora afirma que, de acordo com o artigo 6º da Lei nº 5.991/73, a dispensação de medicamentos é atividade privativa de farmácias, drogarias, postos e dispensários de medicamentos, sem previsão legal para que supermercados desenvolvam tal função.

A medida liminar foi deferida (fls. 61/62).

O *Parquet*, à fl. 75/79, se manifestou pela concessão da segurança.

Em 27.06.2008, o juízo *a quo* concedeu a segurança para determinar que a autarquia registrasse a drogaria, como atividade secundária, a ser instalada nas dependências do impetrante, todavia, em espaço separado, com a devida anotação dos responsáveis técnicos, independentemente da obtenção de CNPJ individual e CNAE-fiscal específico, ao entendimento de que o supermercado se insere no conceito de empresa estabelecido pela Lei nº 5.991/73, artigo 4º, inciso VIII, pois exerce de modo subsidiário o comércio de drogas e medicamentos (fls. 84/87).

O Ministério Público requereu, em preliminar, a nulidade da sentença, ante a necessidade de integração do órgão estadual de vigilância sanitária, como litisconsórcio passivo necessário e, no mérito, pugnou pela denegação da ordem (fls. 100/103).

II - Da preliminar de nulidade da sentença

De acordo com a Lei nº 3.820/60 são os Conselhos Federal e Regional de Farmácia responsáveis pela disciplina e regulamentação das atividades profissionais farmacêuticas no país:

Art. 1º - Ficam criados os Conselhos Federal e Regionais de farmácia, dotados de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, destinados a zelar pela fiel observância dos princípios da ética e da disciplina da classe dos que exercem atividades profissionais farmacêuticas no País.

Assim, a legitimidade do Conselho Regional de Farmácia decorre de mencionada lei, que prevê sua competência para fiscalizar a regularidade do registro e a assistência de profissional legalmente habilitado nos estabelecimentos farmacêuticos, diversa daquela fixada ao órgão de vigilância sanitária (44 da Lei nº 5.991/73 e 44 do Decreto nº 74.170/74), que concede a licença e zela pelas condições de funcionamento dessas empresas. Segue entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça e por esta Corte, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. EXIGÊNCIA DE PROFISSIONAL LEGALMENTE HABILITADO, NO ESTABELECIMENTO, DURANTE TODO O PERÍODO DE FUNCIONAMENTO. MULTA. VALOR. INDEXAÇÃO.

1. O Conselho Regional de farmácia é o órgão competente para fiscalizar e autuar as farmácias e drogarias quanto à verificação de possuírem, durante todo o período de funcionamento dos estabelecimentos, profissional legalmente habilitado.

2. Em hipóteses análogas, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, sendo as multas sanções pecuniárias, a vedação contida na Lei 6.205/75, de considerar “valores monetários em salários mínimos”, não as atingiu.

3. Não há ilegalidade nas multas aplicadas.

4. Recurso conhecido e improvido.

(REsp 383.222/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, julgado em 06/06/2002, DJ 05/08/2002, p. 294, destaquei).

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA . COMPETÊNCIA PARA A FISCALIZAÇÃO DE FARMÁCIA E DROGARIA. LEIS Nº 3.820/60 E Nº 5.991/73. EXIGÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO.

1. A Lei nº 3.820/60 estabeleceu a competência do Conselho Regional de farmácia para fiscalizar os estabelecimentos - farmácia ou drogaria - a fim de verificar o cumprimento da exigência de possuírem como responsável técnico profissional habilitado e registrado.

2. Obrigatoriedade da farmácia e drogaria ter um responsável técnico por todo o período de seu funcionamento (art. 15 da Lei nº 5.991/73).

3. Não há qualquer ilegalidade nas autuações e sanções impostas, em razão da ausência de profissional habilitado e registrado no CRF, como responsável técnico pelo estabelecimento.

4. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Sexta Turma (STJ, 2ª Turma, REsp nº 383.222, DJU 05.08.02, p. 294 e REsp. nº 441.135, 1ª Turma, j. 07.11.02; TRF3, Rel. Des. Fed. Salette Nascimento, AMS nº 1999.61.00.023344-1, DJU 21.06.02, p. 767).

5. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, Sexta Turma, AC 0000555-10.2010.4.03.6123, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j em 05.07.2012, e-DJF3 Judicial 1 de 19.07.2012. destaquei).

Descabida, portanto, a alegação de nulidade de sentença ante a ausência de litisconsórcio passivo necessário, dada a distinção de atribuição de cada órgão.

III - Do registro da drogaria

Objetiva a impetrante o registro de drogaria instalada nas dependências do supermercado perante o Conselho Regional de Farmácia, sem a necessidade de se abrir nova pessoa jurídica para tal finalidade, visto que o comércio de drogas está inserido em seu cadastro como atividade secundária.

Dispõem os artigos 4º, 5º e 6º da Lei nº 5.991/73.

Art. 4º - Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos:

(...)

VIII - *Empresa* - pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que exerça como atividade principal ou subsidiária o comércio, venda, fornecimento e distribuição de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, equiparando-se à mesma, para os efeitos desta Lei, as unidades dos órgãos da administração direta ou indireta, federal, estadual, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e entidades paraestatais, incumbidas de serviços correspondentes;

IX - *Estabelecimento* - unidade da empresa destinada ao comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos;

X - *Farmácia* - estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

XI - *Drogaria* - estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais;

(...)

XIII - *Posto de medicamentos e unidades volante* - estabelecimento destinado exclusivamente à venda de medicamentos industrializados em suas embalagens originais e constantes de relação elaborada pelo órgão sanitário federal, publicada na imprensa oficial, para atendimento a localidades desprovidas de farmácia ou drogaria;

XIV - *Dispensário de medicamentos* - setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente;

XV - *Dispensação* - ato de fornecimento ao consumidor de drogas, medicamentos, insumos

farmacêuticos e correlatos, a título remunerado ou não;

Art. 5º - O comércio de drogas, medicamentos e de insumos farmacêuticos é privativo das empresas e dos estabelecimentos definidos nesta Lei.

§ 1º - O comércio de determinados correlatos, tais como, aparelhos e acessórios, produtos utilizados para fins diagnósticos e analíticos, odontológicos, veterinários, de higiene pessoal ou de ambiente, cosméticos e perfumes, exercido por estabelecimentos especializados, poderá ser extensivo às farmácias e drogarias, observado o disposto em lei federal e na supletiva dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 2º - (...)

Art. 6º - A dispensação de medicamentos é privativa de:

- a) farmácia;
- b) drogaria;
- c) posto de medicamento e unidade volante;
- d) dispensário de medicamentos.

De acordo com o artigo 6º da Lei nº 5.991/73, a dispensação de medicamentos é atividade privativa de farmácia, drogaria, posto e dispensário de medicamentos. A drogaria, consoante definição do artigo 5º, é o estabelecimento que realiza a dispensação e o comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais. O artigo 4º, por sua vez, conceitua a empresa, como a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, aquela que exerce como negócio principal ou subsidiário a venda, fornecimento e distribuição de drogas, entre outras funções e considera estabelecimento a unidade da empresa que é destinada à transação de fármacos. Nesse contexto, evidencia-se que a empresa está autorizada à instalação de drogaria nas dependências do supermercado, como um estabelecimento anexo e destacado, conforme relatado pela impetrante, destinado exclusivamente ao fornecimento remunerado de drogas. Nesse sentido, segue jurisprudência:

AMS 199961070053506 - AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a) JUIZ LAZARANO NETO Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador SEXTA TURMA Fonte DJF3 CJ1 DATA:09/02/2011 PÁGINA: 109Decisão Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Ementa MANDADO DE SEGURANÇA - CONSELHO DE FARMÁCIA - CERTIFICADO DE REGULARIDADE - ESTABELECIMENTO QUE COMERCIALIZA PRODUTOS ALHEIOS AO RAMO FARMACÊUTICO - FUNCIONAMENTO CONCOMITANTE E NO MESMO ESTABELECIMENTO DE DROGARIA E DRUGSTORE - INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. 1- Compete ao Conselho Regional de Farmácia a fiscalização e aplicação de penalidades aos estabelecimentos farmacêuticos, em decorrência do não cumprimento da obrigação de manter um responsável técnico em horário integral de funcionamento, “ex vi” do disposto no art. 24 da Lei nº 3.820/60. 2- A competência dos órgãos de vigilância sanitária restringe-se à verificação das condições de licenciamento e funcionamento das drogarias e farmácias, no que se refere à observância dos padrões sanitários para o comércio de drogas, medicamentos e correlatos. Art. 44 da Lei nº 5.991/73. 3- Não há vedação legal expressa do funcionamento de drogaria e *drugstore*, cumulativo e no mesmo estabelecimento, não podendo esse fato, por si só, obstar a expedição dos Certificados de Regularidade e de Responsabilidade Técnica, desde que atendidas as exigências da Lei nº 3.820/60 - presença de responsável técnico durante todo o período de funcionamento. 4- Apelação e remessa oficial improvidas.

AMS 200661000144610 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a) JUIZ MIGUEL DI PIERRO Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador SEXTA TURMA Fonte DJU DATA:18/03/2008 PÁGINA: 519 Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, DECIDE a Sexta Turma do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do voto do Relator e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Ementa ADMINISTRATIVO DROGARIAS - REEXAME NECESSÁRIO - FISCALIZAÇÃO - COMPETÊNCIA DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS CORRELATOS - POSSIBILIDADE - EXPEDIÇÃO DE CERTIFICADO DE REGULARIDADE. 1. A sentença concessiva de mandado de segurança submete-se ao reexame necessário, por força da disposição contida no artigo 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51. 2. Estabelecimento que atua, simultaneamente no ramo de drogaria e *drugstore* ou loja de conveniência, nos moldes do art. 74, da Lei nº 9.069/95, por comercializar diversos itens com ênfase para os de primeira necessidade como alimentos, produtos de higiene e limpeza e apetrechos domésticos. 3. A lei não impede que a drogaria funcione simultaneamente com a *drugstore*, mas necessário obedecer aos ditames legais que impõem o funcionamento mediante registro no Conselho Regional de Farmácia, mantendo o estabelecimento responsável técnico também registrado. 4. Precedentes da Sexta Turma deste Tribunal.

Verifica-se do artigo 2º do estatuto social da empresa, fl. 32, registrado na JUCESP, que entre as atividades a serem desempenhadas pela sociedade está a compra, venda e revenda de drogas, medicamentos e especialidades farmacêuticas. Outrossim, denota-se que referido estabelecimento está registrado no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, com autorização à prática da atividade econômica secundária identificada pelo código 47.71.7-01, isto é, “comércio varejistas de produtos farmacêuticos sem manipulação de fórmulas” (fls. 49), ou seja, já obteve a atribuição de Cadastro Nacional de Atividade Econômica (CNAE-Fiscal) específico em seu Cadastro de Pessoa Jurídica (CNPJ) para desenvolver tal função. Note-se que a legislação não exige que um estabelecimento tenha como atividade principal e única a drogaria ou farmácia. No caso da impetrante, é possível o exercício de diversas tarefas, sem a necessidade de registros autônomos para cada negócio no CNPJ, uma vez que são os CNA (códigos nacionais de atividades econômicas) que definem as atividades principais ou secundárias.

Assim, considerado que o impetrante não busca dispensar medicamento no interior de seu estabelecimento comercial, em meio a outros produtos e com livre acesso ao consumidor, mas em drogaria instalada em local separado, regularmente registrada e com a assistência do responsável técnico profissional habilitado e inscrito no Conselho Regional de Farmácia, não há óbice à manutenção da sentença.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade de sentença e, no mérito, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002645-21.2010.4.03.6113
(2010.61.13.002645-7)

Apelante: MARCELO MELETTI NETO

Apeladas: FAZENDA PÚBLICA DE FRANCA - SP, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO E UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE FRANCA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: AC 1684104

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/09/2016

EMENTA

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. NEOPLASIA MALIGNA. RESSARCIMENTO PELO PODER PÚBLICO DE TRATAMENTO DE BRAQUI TERAPIA COM RECURSOS PRÓPRIOS. INDEVIDO. ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO DESPROVIDOS.

1. A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de o Poder Público ser condenado a ressarcir ao autor as despesas com o tratamento particular de braquiterapia.
2. A Constituição Federal confere à saúde o caráter de direito fundamental, atribuindo ao Poder Público a obrigação de promover políticas públicas específicas, nos termos do artigo 196.
3. Como complemento, o texto constitucional instituiu o Sistema Único de Saúde, em seu artigo 198, concretizando assim o compromisso pleno e eficaz do Estado com a promoção da saúde, em todos os seus aspectos, mediante a garantia de acesso a hospitais, tecnologias, tratamentos, equipamentos, terapias, e medicamentos, e tudo o que for necessário à tutela desse direito fundamental.
5. Em que pese todo o sofrimento do autor em decorrência da doença (neoplasia maligna da próstata), não há como lhe dar razão, isto porque o SUS não se recusou ao fornecimento do tratamento pretendido, mas sim ao reembolso das despesas que alega ter suportado. Note-se que a intenção do autor não guarda relação com o direito à saúde (fornecimento de tratamento), previsto no artigo 196 da Constituição Federal, e sim com questões de caráter patrimonial.
6. Ademais, a urgência do tratamento de braquiterapia não fundamenta o pedido de ressarcimento em face do Poder Público, pois há uma lista de pessoas nas mesmas condições em que o autor aguardando atendimento pelo SUS.
7. Cumpre asseverar que, em observância ao princípio da supremacia do interesse público, a Administração Pública tem por objetivo a proteção dos interesses da coletividade em detrimento de interesses de uma minoria, além de pautar-se pelo princípio da legalidade, que, em resumo, limita sua atuação àquilo que é permitido por lei, e de acordo com os meios e formas nela previstos.
8. Não cabe ao Poder Público a imposição de reembolso por tratamento particular, mesmo que não oferecido a tempo e modo pelo SUS, uma vez que o direito à saúde comporta limites, insertos no próprio texto constitucional.
9. Apelação e agravo retido desprovidos.

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 e ao agravo retido*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto por *Marcelo Meletti Neto*, inconformado com a r. sentença proferida na ação de ressarcimento ajuizada em face da União, do Estado de São Paulo e do Município de Franca.

Da decisão de f. 235-238, que afastou a ocorrência de prescrição, o Estado de São Paulo interpôs agravo de instrumento, o qual foi convertido em agravo retido (f. 261-262).

Ao final, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido e extinguiu o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa (f. 281-284).

O autor apelou, sustentando, em síntese, que, devido à negligência do Poder Público em fornecer em tempo razoável o tratamento de braquiterapia e com intuito de evitar o agravamento da moléstia (neoplasia maligna), foi obrigado a arcar com todos os custos da cirurgia e do tratamento posterior, razão pela qual faz jus ao reembolso dessas despesas.

Com contrarrazões dos réus, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): De início, rejeito a alegação de prescrição trazida pelo Estado de São Paulo no agravo retido, porquanto observado pela parte autora o prazo de cinco anos disposto no Decreto 20.910/1932, a teor da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INAPLICABILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 206, § 3o., IV DO CC/2002. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A Primeira Seção dessa Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp. 1.251.993/PR, sob o rito do art. 543-C, do CPC, firmou o entendimento de que deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações

indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002. 2. Agravo Regimental desprovido. ..EMEN: (AGARESP 201102506517, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:03/04/2013 ..DTPB:.)

Nota-se que o autor foi diagnosticado com a moléstia no dia 07.11.2005 e a presente ação foi ajuizada em 18.06.2010, antes, portanto, do “dies ad quem”.

Passo à análise do mérito.

A Constituição Federal confere à saúde o caráter de direito fundamental, atribuindo ao Poder Público a obrigação de promover políticas públicas específicas, nos termos do artigo 196, que dispõe:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como complemento, o texto constitucional instituiu o Sistema Único de Saúde, em seu artigo 198, concretizando assim o compromisso pleno e eficaz do Estado com a promoção da saúde, em todos os seus aspectos, mediante a garantia de acesso a hospitais, tecnologias, tratamentos, equipamentos, terapias, e medicamentos, e tudo o que for necessário à tutela desse direito fundamental.

Nesse passo, firma-se a interpretação constitucional da matéria, ou seja, a prevalência da garantia de tutela à saúde do cidadão hipossuficiente, sobre eventual custo financeiro imposto ao Poder Público, pois o Sistema Único de saúde - SUS deve promover ações e serviços de saúde necessários a pacientes sem condições financeiras, pessoal ou familiar, pois, assim não o fazendo, afasta-se o Estado dessa concepção de tutela social, reconhecida e declarada na Carta Magna.

Em que pese todo o sofrimento do autor em decorrência da doença (neoplasia maligna da próstata), não há como lhe dar razão, isto porque o SUS não se recusou ao fornecimento do tratamento pretendido, mas sim ao reembolso das despesas que alega ter suportado. Note-se que a intenção do autor não guarda relação com o direito à saúde (fornecimento de tratamento), previsto no artigo 196 da Constituição Federal, e sim com questões de caráter patrimonial.

A urgência do tratamento de braquiterapia não fundamenta o pedido de ressarcimento em face do Poder Público, pois há uma lista de pessoas nas mesmas condições em que o autor aguardando atendimento pelo SUS. Ademais, caso pretendesse o fornecimento mais célere do tratamento, não deveria ter desistido da ação ajuizada perante a 1ª Vara Federal de Franca, sob o fundamento de que a tutela antecipada teria sido indeferida naqueles autos e o início do tratamento pela rede pública de saúde iria demorar mais do que o esperado.

Cumprasse que, em observância ao princípio da supremacia do interesse público, a Administração Pública tem por objetivo a proteção dos interesses da coletividade em detrimento de interesses de uma minoria, além de pautar-se pelo princípio da legalidade, que, em resumo, limita sua atuação àquilo que é permitido por lei, e de acordo com os meios e formas nela previstos.

Não cabe ao Poder Público a imposição de reembolso por tratamento particular, mesmo que não oferecido a tempo e modo pelo SUS, uma vez que o direito à saúde comporta limites,

insertos no próprio texto constitucional.

Deste modo, a r. sentença deve ser mantida tal como lançada.

Pelo exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO à apelação e ao agravo retido.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0004907-37.2016.4.03.0000

(2016.03.00.004907-9)

Agravante: MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Agravada: SIRLENE DUTRA DA SILVA

Partes Rés: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, LCI INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., CIA. METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO - COHAB E CIA. DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU/SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Classe do Processo: AI 578493

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2016

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. IMÓVEL QUE NÃO ATENDE AS CONDIÇÕES DE ACESSIBILIDADE A QUE ALUDEM A LEI Nº 10.098/00 E O DECRETO Nº 5.296/04. DECISÃO LIMINAR QUE DETERMINA O BLOQUEIO DE OUTROS IMÓVEIS QUE EFETIVAMENTE ATENDAM OS REQUISITOS DE ACESSIBILIDADE EM FAVOR DA AUTORA. VIABILIDADE. BLOQUEIO DE UNIDADES HABITACIONAIS EM QUANTIDADES SUPERIORES AO QUE A AUTORA NECESSITA. NECESSIDADE DE SE CONSIDERAR OS INTERESSES DE OUTROS MUTUÁRIOS NAS MESMAS CONDIÇÕES. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Recurso interposto em face de decisão que, nos autos da ação ordinária ajuizada na origem, determinou à agravante e à CEF que se abstenham de destinar qualquer das quatro unidades térreas dos empreendimentos discutido nos autos, sob pena de aplicação de multa, bem como nomeou arquiteto estranho à lide para funcionar nos autos.

- Com efeito, a Lei nº 10.098/2000 dispõe sobre “normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida”, enquanto o Decreto nº 5.296/2004 é seu diploma regulamentador. Quanto ao tema trazido à análise, observo que o artigo 28 do Decreto nº 5.296/2004 prevê expressamente que não apenas de execução de partes do uso comum com acessibilidade (inciso III), mas também de unidades habitacionais com condições de acessibilidade acessíveis no piso térreo e acessíveis ou adaptáveis nos demais pisos (inciso II).

- Verifico da análise dos autos, ser incontroverso que a agravada, após ter celebrado o contrato de financiamento com as rés, requereu a destinação de unidade adaptada para a acessibilidade de seu filho deficiente físico. Entretanto, não obstante lhe tenha sido destinada unidade no pavimento térreo, o imóvel não apresentava condições de acessibilidade, notadamente em relação ao uso do banheiro. Assim, correta a decisão agravada ao determinar o bloqueio das unidades habitacionais do pavimento térreo até que se verifique a possibilidade de adaptação dos imóveis.

- Contudo, diante da verificação da possibilidade de aglutinação de duas unidades

habitacionais para cada uma das autoras, não se mostra necessário o bloqueio de oito unidades habitacionais como determinou a decisão agravada, já que a reserva de duas unidades para cada autora já seria suficiente para atender suas necessidades e as demais poderiam ser destinadas a outros mutuários que igualmente necessitem de imóvel com acessibilidade.

- Agravado de instrumento a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de agosto de 2016.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO em face de decisão que, nos autos da ação ordinária ajuizada na origem, determinou à agravante e à CEF que se abstenham de destinar qualquer das quatro unidades térreas dos empreendimentos discutido nos autos, sob pena de aplicação de multa, bem como nomeou arquiteto estranho à lide para funcionar nos autos.

Alega a agravante que com a decisão agravada o magistrado *a quo* visa unificar dois apartamentos térreos que já atendem às normas da ABNT atuais para atender um único portador de necessidades especiais. Assim, o bloqueio de todas as unidades térreas dos empreendimentos prejudica outras famílias na mesma condição.

Sustenta que a tipologia indicada na planta do empreendimento aprovada pela agravante não previa que a obra seria financiada com recursos públicos, o que afasta a obrigação de acessibilidade para a unidade autônoma, nos termos do Decreto nº 5.296/04. Afirmar, ainda, que a agravada realizou visita no imóvel e o aceitou, sem questionamento acerca da adaptação de seu filho na unidade habitacional. Insurge-se contra o valor da multa fixada e a nomeação de arquiteto estranho à lide.

Nesta sede, o pedido de efeito suspensivo restou indeferido pela decisão de fls. 86/88 verso.

A agravada SIRLENE DUTRA SILVA apresentou sua contraminuta às fls. 94/100.

Neste ponto, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Examinando os autos, verifico que em 14.12.2011 a agravada ajuizou ação pelo rito ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela a fim de que fosse alojada em outra unidade compatível com a acessibilidade adequada até que seja contemplada com imóvel que atenda às necessidades de seu filho (fls. 24/50).

Em audiência realizada em 19.02.2016 foi determinado pelo juízo *a quo* que a agravante e a CEF se abstenham de alienar ou destinar “qualquer das quatro unidades térreas de cada um dos blocos mais próximos da portaria/entrada dos condomínios Rio Negro e Rio Tapajós” (fls. 20/23).

Inicialmente, registro que diversamente do que sustenta a agravante, a Lei nº 10.098/2000 e o Decreto nº 5.296/2004 não tratam de situações diversas - exigência ou não de unidade autônoma adaptada. Com efeito, a Lei nº 10.098/2000 dispõe sobre “normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida”, enquanto o Decreto nº 5.296/2004 é seu diploma regulamentador.

Quanto ao tema trazido à análise, observo que o artigo 28 do Decreto nº 5.296/2004 prevê o seguinte:

Art. 28. Na habitação de interesse social, deverão ser promovidas as seguintes ações para assegurar as condições de acessibilidade dos empreendimentos:

I - definição de projetos e adoção de tipologias construtivas livres de barreiras arquitetônicas e urbanísticas;

II - no caso de edificação multifamiliar, execução das unidades habitacionais acessíveis no piso térreo e acessíveis ou adaptáveis quando nos demais pisos;

III - execução das partes de uso comum, quando se tratar de edificação multifamiliar, conforme as normas técnicas de acessibilidade da ABNT; e

IV - elaboração de especificações técnicas de projeto que facilite a instalação de elevador adaptado para uso das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Parágrafo único. Os agentes executores dos programas e projetos destinados à habitação de interesse social, financiados com recursos próprios da União ou por ela geridos, devem observar os requisitos estabelecidos neste artigo. (negritei)

Como se percebe, há expressa previsão legal não apenas de execução de partes do uso comum com acessibilidade (inciso III), mas também de unidades habitacionais com condições de acessibilidade acessíveis no piso térreo e acessíveis ou adaptáveis nos demais pisos (inciso II).

No caso dos autos, trata-se de Contrato de Arrendamento Residencial firmado no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida, conforme se verifica às fls. 70/72, restando evidente se tratar de habitação de interesse popular.

Verifico, ainda, da análise dos autos, ser incontroverso que a agravada, após ter celebrado o contrato de financiamento com as rés, requereu a destinação de unidade adaptada para a acessibilidade de seu filho deficiente físico. Entretanto, não obstante lhe tenha sido destinada unidade no pavimento térreo, o imóvel não apresentava condições de acessibilidade, notadamente em relação ao uso do banheiro.

Nestas condições, entendo correta a decisão agravada que determinou o bloqueio de unidades habitacionais do pavimento térreo até que se verifique a possibilidade de adaptação

mediante a aglutinação de duas unidades e a transformação de um quarto para um banheiro.

Considerando, contudo, que a decisão agravada foi proferida em audiência conjunta com o processo nº 0007856-03.2012.4.03.6102 ajuizado por Ednélia Dias da Silva que, ao que parece, encontra-se na mesma situação da agravada, entendo que o bloqueio de quatro unidades térreas - sendo duas em cada um dos blocos - se mostra medida mais adequada à espécie.

É que diante da verificação da possibilidade de aglutinação de duas unidades habitacionais para cada uma das autoras, não se mostra necessário o bloqueio de oito unidades habitacionais como determinou a decisão agravada, já que a reserva de duas unidades para cada autora já seria suficiente para atender suas necessidades e as demais poderiam ser destinadas a outros mutuários que igualmente necessitem de imóvel com acessibilidade.

Sem razão a agravante ao afirmar que a agravada vistoriou o imóvel e o aceitou sem ressalvas, o que indicaria a concordância com a forma em que lhe foi entregue. Isto porque, conforme narra a exordial, a agravante e seu filho tiveram que desocupar o imóvel em que residiam anteriormente por força de determinação judicial (fl. 25), pelo que o recebimento de unidade habitacional era medida premente.

Por fim, não vislumbro irregularidade na nomeação de arquiteto para análise da viabilidade técnica das adaptações no sentido de maior adequação à acessibilidade dos portadores de deficiência.

Isto porque, conforme se verifica às fls. 20/22, referido profissional participou ativamente da audiência realizada em 19.02.2016, tendo sido, inclusive devidamente qualificado no início da audiência sem qualquer oposição da agravante. Além disso, referido profissional cuidará apenas da análise da viabilidade técnica das adaptações em conjunto com o engenheiro responsável pela construtora, não caracterizando qualquer prejuízo à agravante.

Ainda que assim não fosse, com base nas informações prestadas pela parte agravada por ocasião de sua contraminuta, bem como a partir da consulta no sistema informatizado de andamento processual, percebe-se que o juízo de primeiro grau nomeou perita para avaliar a viabilidade técnica do projeto apresentado, com o que, então, a insurgência da agravante, neste particular, já não tem mais razão de ser.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao agravo de instrumento interposto, para o fim exclusivo de determinar o bloqueio de quatro unidades habitacionais ao todo, pois que suficientes para garantir os interesses das duas autoras, mantida, no mais, a decisão recorrida, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0010009-40.2016.4.03.0000

(2016.03.00.010009-7)

Agravante: ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVIÇOS S/A

Agravada: SAE - SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE VARGEM GRANDE DO SUL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe do Processo: AI 582523

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/09/2016

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. DISPONIBILIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLÊNCIA. AUTARQUIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. ÁGUA E ESGOTO. IMPOSSIBILIDADE DE CORTE FORNECIMENTO. DANOS À COLETIVIDADE.

1. O corte de fornecimento de energia elétrica a ente público, conquanto abstratamente cabível, não prescinde de análise concreta que coteje os interesses coletivos envolvidos, como expressamente previsto no artigo 6º, § 3º, II, *in fine*, da Lei 8.987/1996. Revela-se de rigor a preservação da prestação de serviços públicos essenciais, cuja supressão ocasionaria danos sensíveis à população. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. É patente que o corte de fornecimento de energia elétrica à impetrante causará danos de extrema magnitude aos munícipes de Vargem Grande do Sul, vez que inviabilizará a manutenção de serviço público dos mais basilares, o fornecimento de água e tratamento de esgoto. A suspensão das atividades da impetrante ocasionaria repercussões sanitárias graves, não só colocando a risco direto a saúde da população como, em perspectiva, malferindo a dignidade humana que alicerça as garantias individuais constitucionais, porquanto suprimiria insumo essencial à manutenção da vida.

3. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento ao deferimento parcial de liminar, em mandado de segurança, para “determinar à autoridade impetrada que se abstenha de suspender o fornecimento de energia elétrica ao impetrante, em razão dos débitos no valor de R\$ 242.793,04 (duzentos e quarenta e dois mil, setecentos e noventa e três reais e quatro centavos) referentes às três faturas vencidas em 18/03/2016 e em 10/04/2016” (f. 47).

Alegou a agravante, em síntese, que: (1) a probabilidade de existência do direito invocado não foi demonstrada nem em nível de plausibilidade, na medida em que órgãos públicos estão sujeitos à interrupção de fornecimento de energia em caso de inadimplência, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “devendo a medida apenas ser precedida das formalidades especiais, o que foi observado pela Agravante e seu representante”; (2) o deferimento da liminar não protege o interesse da coletividade, vez que, diversamente, a inadimplência põe sob gravame todo o sistema, acarretando majoração de tarifas e deterioração do serviço prestado; (3) há expressa previsão normativa de corte de fornecimento de energia em caso de inadimplência, ainda que o consumidor seja prestador de serviço público, nos termos do artigo 17, §1º, da Lei 9.427/1996; (4) o contrato de concessão de energia firmado com a União não prevê o fornecimento gratuito de energia elétrica; (5) as tarifas são diferenciadas em faixas distintas, conforme a atividade e nível socioeconômico do consumidor; (6) o fornecimento de energia sem contraprestação caracteriza enriquecimento sem causa, violação ao princípio da legalidade e à regra de exceção do contrato não cumprido; (7) o SAAE é devedor contumaz, e já realizou acordo para negociar outros débitos, pelo que diversamente do que alegou, “foi cientificada a respeito das consequências de sua inadimplência, sendo oportunizada à parte a possibilidade de negociar seu débito”; (8) a liminar concedida acarreta tratamento diferenciado à agravada, em desacordo com o princípio da isonomia; e (9) a interrupção de fornecimento de energia elétrica por inadimplemento, nos termos do artigo 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/1996 não caracteriza descontinuidade de prestação de serviço público, para fins de aplicação do CDC, conforme decidido no REsp 302.620.

Não houve contraminuta. O MPF manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Os autos vieram-me conclusos e foram fisicamente recebidos nestes Gabinete em 16/08/2016, com inclusão em pauta para julgamento em 22/09/2016.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, o caso dos autos versa sobre a suspensão da disponibilização de energia elétrica à autarquia municipal responsável pelo fornecimento de água e serviço de esgoto ao Município de Vargem Grande do Sul, em razão de inadimplemento.

É certo que, conforme alegou a agravante, a suspensão do fornecimento é medida que possui fundamento legal, caracterizando, assim, exceção à continuidade do serviço prevista no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor. É o que dispõe o artigo 6º, § 3º, II da Lei 8.987/1996 (grifos nossos):

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no res-

pectivo contrato.

§ 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º. A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, *considerado o interesse da coletividade*.

Perceba-se, o corte de fornecimento de energia elétrica a ente público, conquanto abstratamente cabível (como decorre, também, do artigo 17, *caput*, da Lei 9.427/1996), não prescinde de análise concreta que coteje os interesses coletivos envolvidos, como expressamente previsto na norma acima transcrita. Neste sentido, revela-se de rigor a preservação da prestação de serviços públicos essenciais, cuja supressão importe danos sensíveis à população.

Ampla a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça neste sentido. A exemplo:

AgInt no AREsp 893.273, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 17/08/2016:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO REGIONAL. INADIMPLÊNCIA. PRÉDIO PÚBLICO. SERVIÇO ESSENCIAL. INTERRUÇÃO. FORMA DE COMPELIR O MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DO DÉBITO. INTERESSE DE TODA A COLETIVIDADE. ILEGITIMIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ. 1. Não cabe falar em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão colocada nos autos. 2. Verifica-se que o Tribunal *a quo* decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido de que é ilegítimo a suspensão do fornecimento de energia elétrica como forma de compelir o Município ao pagamento do débito e em prejuízo do interesse da coletividade. Súmula 568/STJ. Agravo interno improvido.

AgRg no RESP 281.559, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 20/06/2013:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 4º, § 2º, V DA LC 101/2000. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TELEFONIA FIXA. INADIMPLÊNCIA DE UNIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS (DELEGACIA DE POLÍCIA E UNIDADES DA POLÍCIA MILITAR). SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A matéria inserta no dispositivo de lei tido por violado, qual seja, art. 4º, § 2º, V DA LC 101/2000, efetivamente não foi debatida pela Corte local e, nas razões do Recurso Especial, não houve indicação de ofensa ao art. 535 do CPC, o que levaria ao exame de possível omissão. Carece, portanto, de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicável a Súmula 211 do STJ. 2. É incabível a suspensão de serviços públicos em caso de inadimplência de Pessoa Jurídica de Direito Público, em virtude da essencialidade de tais serviços e do risco de ocorrência de prejuízos à coletividade. 3. Agravo Regimental da TELEMAR NORTE LESTE S/A desprovido.

É patente que o corte de fornecimento de energia elétrica à impetrante causará danos de extrema magnitude aos munícipes de Vargem Grande do Sul, vez que inviabilizará a manutenção de serviço público dos mais basilares, o fornecimento de água e tratamento de esgoto. Perceba-se, a suspensão das atividades da impetrante ocasionaria repercussões sanitárias graves, não só colocando a risco direto a saúde da população como, em perspectiva, malferindo a dignidade

humana que alicerça as garantias individuais constitucionais, porquanto suprimiria insumo essencial à manutenção da vida.

Frise-se, não se está a cancelar a inadimplência da impetrante, em violação aos princípios da legalidade e vedação ao enriquecimento ilícito, além da regra negocial de exceção de contrato não cumprido, mencionados nas razões recursais. Tampouco rejeita-se, em absoluto, o fato de que a inadimplência do usuário tem o potencial de, em escala, ocasionar o aumento de tarifas ou a deterioração do serviço prestado, em prejuízo à coletividade. O que se revela premente na espécie, contudo, é que o dano imediato aos munícipes decorrente da suspensão do serviço público prestado pela impetrante é de opulência manifesta, a demandar, em juízo de proporcionalidade, tutela a inibir a pretensão de corte de fornecimento de energia, pela agravante. Com efeito, é possível a persecução do crédito por vias diversas e efetivas, inclusive judiciais, que não impliquem gravame desta monta à coletividade.

Destaque-se, por fim, que descabe a oposição do princípio da isonomia à tutela concedida na origem, até porque, tratando-se de autarquia municipal, a relação adquire feições próprias da principiologia administrativa, exsurgindo revelante a supremacia do interesse coletivo. Desta forma, vez que o vínculo em exame é ontologicamente diverso daquele entre a agravada e um consumidor particular, impertinente falar-se em isonomia, na medida em que ausente o pressuposto de identidade entre as situações comparadas. Cabível, apenas, juízo de equidade, que, justamente, fundamenta o quanto expendido.

Desta forma, a manutenção da liminar concedida é medida que se impõe.

Ante ao exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0002117-47.2011.4.03.6114
(2011.61.14.002117-5)

Apelante: PARQUE RESIDENCIAL TIRADENTES EDIFÍCIO ESMERALDA
Apelada: EMGEA - EMPRESA GESTORA DE ATIVOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: AC 1852988
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2016

EMENTA

CIVIL. DESPESAS CONDOMINIAIS. PRESCRIÇÃO.

I - O C. STJ firmou entendimento no sentido de que a pretensão de cobrança de taxas condominiais prescreve no prazo de cinco anos contados da data de vencimento de cada parcela, aplicando-se o disposto no artigo 206, §5º, I, do Código Civil.

II - Os juros moratórios e a multa são obrigações acessórias, de sorte que devem seguir o mesmo prazo prescricional da cobrança da obrigação principal, aplicando-se na hipótese dos autos o artigo 206, § 5º, I, do Código Civil. Precedentes.

III - Recurso de apelação da parte autora parcialmente provido e recurso adesivo da EMGEA provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de apelação da parte autora e dar provimento ao recurso adesivo da EMGEA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de agosto de 2016.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de ação proposta por Condomínio Edifício Esmeralda contra EMGEA - Empresa Gestora de Ativos visando o pagamento das cotas condominiais devidas desde o mês de fevereiro de 2001 a abril de 2007 e as que se vencerem durante o decorrer do processo.

Sustenta a parte autora ser a EMGEA a legítima proprietária da unidade nº 157 do referido condomínio e única responsável pelo pagamento da quantia de R\$ 22.816,67 (vinte e dois mil, oitocentos e dezesseis reais e sessenta e sete centavos) devida, no período que indica, a título de cotas condominiais, devendo ser atualizada até a data do efetivo pagamento.

Foi proferida sentença de parcial procedência do pedido (fls. 147/159) nos termos seguintes:

Diante do exposto, profiro julgamento na forma que segue: a-) Rejeito as preliminares apresentadas pela EMPRESA GESTORA DE ATIVOS (EMGEA); b-) Acolho a prejudicial relativa à prescrição da pretensão relativa ao recebimento de juros e multa moratórias, declarando prescritas as parcelas anteriores à data de 22/05/2004, extinguindo o feito com exame do mérito nesse tocante, conforme artigo 269, IV, do Código de Processo Civil; c-) Julgo procedente o pedido formulado por EDIFÍCIO ESMERALDA, condenando a EMPRESA GESTORA DE ATIVOS (EMGEA) ao pagamento das taxas condominiais (vencidas e vincendas) reclamadas nestes autos, resolvendo o feito com julgamento de mérito nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil. d-) Julgo procedente o pedido formulado por EDIFÍCIO ESMERALDA, condenando a EMPRESA GESTORA DE ATIVOS (EMGEA) ao pagamento da multa moratória contratual na ordem de 2% (dois por cento) ao mês, a partir de 22/05/2004, resolvendo o feito com julgamento de mérito nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Apela a parte autora, sustentando a inocorrência da prescrição da pretensão relativa ao recebimento de juros e multa moratória, alegando que “o prazo prescricional para exigir o pagamento das taxas é de 10 (dez) anos conforme regra estabelecida no artigo 205 do Código Civil”, tanto para a obrigação principal (taxas condominiais) quanto para a obrigação acessória (juros e multa moratória).

Apela adesivamente a EMGEA, sustentando ser indevida a cobrança das “cotas condominiais relativas a período anterior ao interregno de cinco anos que precedeu a citação” tendo em vista a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 206, § 5º, I do CC/02.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de recursos de apelação interpostos pela parte autora e pela EMGEA por meio dos quais se insurgem contra a sentença que reconheceu a ocorrência de prescrição em relação ao pagamento de juros e multa aplicando o prazo prescricional de três anos e que não reconheceu a prescrição no tocante às taxas condominiais, entendendo que o prazo prescricional para exigir o pagamento de referidas taxas é de 10 (dez) anos, conforme regra estabelecida no artigo 205 do CC.

Inicialmente analiso a alegação de ocorrência de prescrição no tocante às taxas condominiais.

Alega a recorrente ser indevida a cobrança das “cotas condominiais relativas a período anterior ao interregno de cinco anos que precedeu a citação”.

O C. STJ firmou entendimento no sentido de que a pretensão de cobrança de taxas condominiais prescreve no prazo de cinco anos contados da data de vencimento de cada parcela, aplicando-se o disposto no artigo 206, § 5º, I, do novo Código Civil, *in verbis*:

Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 5º. Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

No sentido do exposto, destaco os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRECEDENTES DA CORTE. PRESTAÇÕES ANTERIORES À VIGÊNCIA DO ATUAL CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028.

1. *O prazo prescricional aplicável à pretensão de cobrança de taxas condominiais é de cinco anos, nos termos do art. 206, § 5º, I, do Código Civil.*

2. Quando ainda não transcorrida a metade do prazo prescricional previsto no código anterior, aplica-se o prazo reduzido pelo Código Civil de 2002, contado a partir da vigência do código atual, ou seja, 11.1.2003.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg nos EDcl no AREsp nº 745.276/MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 22.09.15)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 206, § 5º, I, DO CC/2002. DECISÃO MANTIDA.

1. *“A pretensão de cobrança de cotas condominiais, por serem líquidas desde sua definição em assembleia geral de condôminos, bem como lastreadas em documentos físicos, adequa-se com perfeição à previsão do art. 206, § 5º, inc. I, do CC/02, razão pela qual aplica-se o prazo prescricional quinquenal. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte Superior”* (AgRg no REsp 1.454.743/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014).

2. Agravo regimental a que se nega provimento. ..EMEN:

(AGARESP 201401482814, ANTONIO CARLOS FERREIRA, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA: 02/02/2015 ..DTPB:.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. TAXA CONDOMINIAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SÚMULA Nº 83/STJ.

1. *A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o prazo prescricional aplicável à pretensão de cobrança de taxas condominiais é de 5 (cinco) anos.*

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp nº 1453990/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 05.03.15)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA (COBRANÇA) - COTAS CONDOMINIAIS - PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL - INCIDÊNCIA DO 206, § 5º, I, DO CC/02 - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO RECLAMO PARA, DE PRONTO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA RECURSAL DA AUTORA.

1. Recurso especial fundamentado em ambas as alíneas do permissivo constitucional (art. 105, inc. III, “a” e “c”, da CF/88).

2. *A pretensão de cobrança de cotas condominiais, por serem líquidas desde sua definição em assembleia geral de condôminos, bem como lastreadas em documentos físicos, adequa-se com perfeição à previsão do art. 206, § 5º, inc. I, do CC/02, razão pela qual aplica-se o prazo prescricional quinquenal. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte Superior.*

3. Agravo regimental desprovido.

(AGRESP 201401169475, MARCO BUZZI, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA: 26/11/2014 ..DTPB:.)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL. INCIDÊNCIA DO 206, § 5º, I, DO CC/02.

1. Na vigência do CC/16, o crédito condominial prescrevia em vinte anos, nos termos do seu art. 177, por se tratar de ação pessoal sem prazo prescricional específico previsto.
2. Com a entrada em vigor do novo Código Civil, houve a ampliação das hipóteses de prazos específicos para prescrição, reduzindo por consequência a incidência do prazo prescricional ordinário, que foi também reduzido para 10 anos.
3. *A pretensão de cobrança de cotas condominiais, por serem líquidas desde sua definição em assembleia geral de condôminos, bem como lastreadas em documentos físicos, adequa-se com perfeição à previsão do art. 206, § 5º, I, do CC/02, razão pela qual aplica-se o prazo prescricional quinquenal.*
4. Recurso especial provido.

(STJ, 3ª Turma, REsp 1366175/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 25.06.2013);

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE COBRANÇA. TAXAS CONDOMINIAIS . PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS.

1- *Na vigência do atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável à pretensão de cobrança de taxas condominiais passou a ser de cinco anos, nos termos do art. 206, § 5º, I, desse diploma legal, observada a regra de transição do art. 2.028.*

2- Agravo Regimental improvido.

(STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1352767/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJE 03.05.2013);

Adotando igual orientação já julgou esta E. Corte:

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO LEI 70/66. IMISSÃO NA POSSE. TAXA DE OCUPAÇÃO. ART. 38 DO DL Nº 70/66. TAXAS DE CONDOMÍNIO INADIMPLIDAS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE COBRANÇA DE QUOTAS CONDOMINIAIS. IPTU. INCIDÊNCIA DO ART. 206, § 5º, I DO CC/02. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não há que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66 e consequentemente dos atos que advierem da sua aplicação, sendo direito da Caixa Econômica Federal imitir-se na posse do imóvel e consequentemente devida a taxa de ocupação a partir do registro da adjudicação até a efetiva desocupação do imóvel. - É devida a condenação do ilegítimo ocupante a pagar taxa de ocupação fixada em 1% do valor venal do imóvel, desde a data de sua adjudicação até a data da imissão na posse, que não se mostra excessiva, estando em consonância com o que dispõe o artigo 38 do Decreto-lei nº 70/66.
2. Na vigência do Código Civil de 1916, a pretensão referente à cobrança de taxas condominiais prescrevia em 20 anos, nos termos do art. 177. *Com o advento do novo Código Civil de 2002, o prazo prescricional para a cobrança das referidas cotas passou a ser de 5 anos, a partir do vencimento de cada parcela. Isso porque se trata de despesa líquida constante de instrumento particular, caso em que o prazo prescricional é definido de acordo com o disposto no art. 206, § 5º, I, da Lei 10.406/2002.*
3. Recurso parcialmente provido.

(AC 00086091420084036000, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 01/12/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 206, §5º, I, DO CC/02. AGRAVO DESPROVIDO.

1 - Com a entrada em vigor do novo Código Civil, foram ampliadas as hipóteses de prazos específicos para prescrição, reduzindo-se, por conseguinte, a incidência do prazo prescricional ordinário.

2- In casu, haja vista que a pretensão da condenação da demandada deriva do inadimplemento de despesas condominiais, as quais são líquidas desde sua definição em assembleia geral de condôminos, bem como lastreada em instrumento particular, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 206, §5º, I, do Código Civil.

3- Agravo legal desprovido.

(AC 00028161220134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/02/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Portanto, é de ser acolhida a pretensão da EMGEA, tendo sido a ação proposta em 22/05/2007 (fl. 02), deve ser reconhecida a prescrição referente à cobrança das taxas condominiais vencidas anteriormente ao período de cinco anos que antecede o ajuizamento da ação, com fundamento no art. 206, § 5º, I, do Código Civil.

Já em relação ao prazo prescricional da cobrança da multa e juros moratórios, o C. STJ já decidiu que “(...) os juros moratórios fluem exatamente em função do inadimplemento obrigacional principal, porquanto a ele são atrelados e prescrevem, apenas, juntamente com aquela dívida. Constituem tais juros um apenamento, e não a remuneração do capital” (Agravo em Recurso Especial Nº 6.256 - Ms (2011/0061410-8) Relator : Ministro Massami Uyeda).

Assim sendo, os juros moratórios, assim como a multa são obrigações acessórias, de sorte que devem seguir o mesmo prazo prescricional da cobrança da obrigação principal, aplicando-se na hipótese dos autos o artigo 206, § 5º, I, do Código Civil, e não o artigo 206, §3º, III, do Código Civil, o qual se refere exclusivamente aos juros remuneratórios.

É o entendimento da jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA - DESPESAS CONDOMINIAIS - JUROS DE MORA - PRESCRIÇÃO - PRAZO QUE DEVE SEGUIR AQUELE PREVISTO PARA A COBRANÇA DO PRINCIPAL - PRECEDENTE - RECURSO IMPROVIDO.

(AgRg no AREsp 6.256/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 16/08/2011)

CIVIL. PROCESSO CIVIL. DESPESAS CONDOMINIAIS. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. IMÓVEL ARREMATADO PELA CEF. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA CAIXA PARA A AÇÃO DE COBRANÇA. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. VALORES INCONTROVERSOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. MULTA E JUROS MORATÓRIOS DEVIDOS.

1. A taxa condominial é obrigação “propter rem”, pois o proprietário paga a taxa condominial tão-somente por ser proprietário, ou seja, tal obrigação não decorre de um acordo de vontades, mas do direito real, eis que as obrigações desta natureza gravam a própria coisa independentemente de quem seja o titular do direito real sobre elas.

2. Dessa forma, basta a aquisição do domínio, independentemente de imissão na posse, para que o adquirente se torne responsável pelas obrigações condominiais, inclusive com relação às parcelas anteriores à aquisição.

3. A legitimidade passiva da Caixa Econômica Federal decorre da imputação da responsabilidade pelas dívidas originadas em razão do simples domínio que, por se tratar de obrigação que acompanha a coisa, transfere-se ao novo proprietário e confirma a responsabilidade da CEF pelo débito, competindo-lhe o pagamento das cotas condominiais e não ao ocupante do imóvel.

4. Sendo a questão unicamente de direito e estando o feito em condições de julgamento, deve ser aplicada a regra do art. 515, §3º, do Código de Processo Civil.

5. Os valores devidos restaram incontroversos.

6. O art. 206, § 3º, III, do Código Civil refere-se exclusivamente aos juros remuneratórios, incabível sua invocação quanto aos juros moratórios, de sorte que deve ser afastada a alegação de prescrição dos juros incidentes sobre o débito.

7. A correção monetária, por seu turno, por não representar acréscimo, mas simples atualização, deve ser aplicada a partir do vencimento do débito não pago, sob pena de enriquecimento sem causa do devedor inadimplente. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que se tratando de dívida líquida e certa, independentemente da força executiva do documento que a veicula, a correção monetária deve incidir desde o vencimento da dívida, nos moldes do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.899/81.

8. A obrigação condominial, conforme já explicitado, constitui obrigação *propter rem*, trata-se de obrigação atrelada à propriedade da coisa, logo responde integralmente por ela o proprietário atual do imóvel. Por essa razão, a multa e os juros moratórios devem ser aplicados desde a data de inadimplemento de cada prestação.

9. Apelação provida. Aplicado o art. 515, § 3º, do CPC. Ação julgada procedente.

(AC 00062833820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/11/2010 PÁGINA: 495 ..FONTE_ REPUBLICACAO:.)

Conclui-se, por conseguinte, que também deve ser aplicado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a cobrança das multas e juros moratórios, de acordo com o art. 206, § 5º, I, do Código Civil, devendo ser reconhecida a prescrição referente à cobrança de referidos acessórios com devidos vencimentos anteriormente ao período de cinco anos que antecede o ajuizamento da ação, devendo ser estabelecida a condenação em relação ao período de junho de 2002 a abril de 2007.

Pelos fundamentos expostos, *dou parcial provimento* ao recurso de apelação da parte autora e *dou provimento* ao recurso adesivo da EMGEA, nos termos supra.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

Direito Constitucional



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0006842-27.2007.4.03.6112

(2007.61.12.006842-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelados: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: ApelReex 1734328

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2016

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXTRACONTRATUAL. LINHA FÉRREA. PASSAGEM DE NÍVEL. ACIDENTE COM VEÍCULO. DANOS MORAL, MATERIAL. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. FUNDAMENTO NOVO. PEDIDO REGRESSIVO POSTERGADO PARA AÇÃO AUTÔNOMA. ART. 70, III, DO CPC/1973. ART. 70, III, DO CPC/1973. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INEXISTÊNCIA. CULPA EXCLUSIVA OU CONCORRENTE NÃO COMPROVADA. VIÚVA E FILHOS MENORES. PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA. DEMORA NA PROPOSITURA DA AÇÃO. REFLEXO NA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. PENSÃO. TERMO *AD QUEM*, DATA EM QUE O *DE CUJUS* COMPLETARIA 70 ANOS. TERMO INICIAL JUROS SÚMULA 54 DO STJ. JUROS REDUZIDOS PARTIR DA LEI 11.960/09. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1- Trata-se de ação de reparação de danos promovida por Maria Ana Minca da Silva e outros visando a condenação da União ao pagamento de indenização por danos moral e material, decorrente de acidente automobilístico em linha férrea ocorrido em 02/06/1987, que resultou no óbito de Arnaldo Pereira da Silva, cônjuge e pai dos autores.

2- Para admitir a denúncia da lide seria necessária a análise da correta interpretação da cláusula contratual referida, o que não possui cabimento nesta via processual, por tratar-se de fato novo, diverso daquele que deu ensejo à ação principal de reparação por danos materiais e morais. A denúncia só pode ser admitida nos casos de garantia automática decorrente da lei ou de contrato, ficando proibida a introdução de fato novo, não constante da ação originária, nos termos do artigo 70, III do Código de Processo Civil/1973.

3- A pouca sinalização do local, como falta de cancela que evitaria o acidente, somada à ineficácia das medidas tomadas pela ré, como o acionamento do freio em distância reduzida do acidente, quando se poderia fazê-lo antes, sinalização luminosa insuficiente, diferenciada de um farol de locomotiva, não foram suficientes para impedir o evento morte.

4- A situação caracteriza má prestação do serviço, circunstância que evidencia ato ilícito perpetrado pela ré que não age quando deveria, sujeitando-o à subjetiva responsabilização, nos termos do artigo 159 do Código Civil revogado, hoje artigos 186 e 927 do Código Civil, restando afastado por completo a exclusividade da culpa da vítima.

5- Não sendo reconhecida a existência de culpa concorrente ou exclusiva da vítima, não deve ser alterado o *quantum*, visto que a responsabilidade da ré não foi mitigada

pela culpa da vítima. Quanto à consideração sobre a demora do prazo para propositura da ação, tem-se que o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso do tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas a demora na busca da reparação deve ser considerada na fixação do *quantum*.

6- Não configura julgamento *extra petita* a condenação com enquadramento jurídico diverso do conferido na inicial, pois o juiz aplica o direito com base nas circunstâncias fáticas, como no presente, em que se postulou os lucros cessantes e pensionamento, sendo deferido o pedido de pensão, fixada a título de dano material.

7- No que se refere à condenação ao pagamento de pensão, correta a sentença, pois é devida a indenização por dano material como o ressarcimento daquilo que representou a diminuição indevida do patrimônio do cônjuge sobrevivente e dos filhos, que contavam com três, nove e onze anos na data do acidente.

8- É entendimento pacificado no âmbito da Segunda Seção do STJ que os juros de mora, em caso de responsabilidade extracontratual, incidem a partir do evento danoso, uma vez que a mora que fundamenta a incidência deste encargo existe desde o evento danoso que ensejou o pedido de reparação por danos morais. A demora na busca da reparação é um fato que já foi considerado na fixação do *quantum* das indenizações, de forma que a alteração do termo inicial dos juros para data da citação implicaria em dupla redução, se distanciando da justa indenização.

9 - Embora tenha natureza alimentar, a pensão questionada nos autos é oriunda de ato ilícito, como forma de ressarcimento e não se confunde com a pensão alimentícia decorrente de direito de família, por isso é devida desde o evento morte, perdurando pelo período de vida provável da vítima.

10-No presente caso não houve fixação de cota ou percentual por autor, pois os filhos já eram maiores à época da propositura da ação, de forma que a pensão fixada no total fixado em 4/5 (quatro quintos) de um salário mínimo cabe à viúva, a quem coube o sustento dos filhos na ausência do pai, conforme assinalado em seu depoimento pessoal.

11- Tais dados levam a crer que muito provavelmente a vítima chegaria aos 70 anos de idade, de forma que deve ser acolhido o recurso dos autores para fixar o termo final da pensão que coube à viúva até a data em que a vítima completaria 70 anos de idade.

12- Deverá incidir o percentual de 0,5% (meio por cento) até 11.01.2003 e, somente a partir de 12/01/2003 (entrada em vigor do novo Código Civil) à taxa de 1% (um por cento) ao mês, reduzidos em 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da entrada em vigor da Lei 11.960/09, ante a condenação imposta à União.

13- A parte autora decaiu de parte mínima do pedido e foi vencida a Fazenda Pública, considerando a natureza da causa, bem como que feito demandou a realização de audiência de instrução e julgamento, entendo que a sua fixação em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação deve ser mantida, pois está estipulado em conformidade com os § 3º e § 4º do artigo 20 do CPC/1973.

14 - Negado provimento ao reexame necessário. Provimento parcial à Apelação da União e ao recurso adesivo dos autores.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento

ao reexame necessário e dar parcial provimento ao recurso das partes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de ação de reparação de danos promovida por Maria Ana Minca da Silva, João Paulo Minca da Silva, Edmara Minca da Silva e Emilene Minca da Silva visando a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por dano moral, fixação de pensão e lucros cessantes em razão do falecimento de Arnaldo Pereira da Silva, cônjuge da primeira autora e genitor dos demais, ocorrido em 02/06/1987.

A ação foi inicialmente distribuída ao Cartório do Segundo Ofício de Presidente Prudente da Justiça Estadual e promovida em face da FEPASA - Ferrovia Paulista S/A e ALL - América Latina Logística S/A.

Na inicial os autores relatam que no dia 02 de junho de 1987 o sr. Arnaldo, genitor e marido dos autores, conduzia um veículo quando sofreu um acidente ao ser interceptado pela composição ferroviária de propriedade da parte ré, causando-lhe a morte instantânea.

Asseveram que, segundo consta do Laudo de Criminalística, a causa do acidente se deve unicamente ao fato da composição ferroviária não possuir dispositivo luminoso na sua parte traseira, a fim de facilitar a visibilidade nas manobras de marche ré, em período noturno.

Relatam que no Laudo de Exame de Corpo de Delito firmado pelos peritos do Instituto de Criminalística da Polícia Científica concluiu-se que a morte decorreu do acidente.

Dispõem que na época dos fatos o pai dos autores exercia a função de comerciante e com o fruto do trabalho sustentava a família.

Alegam que a responsabilidade pelo acidente é da parte ré, por culpa *in vigilando e in ligendo*, sendo seu direito fundamentado no artigo 927 do Código Civil e responsabilidade da ré no artigo 932, inciso III, do mesmo código.

Discorrem sobre a omissão das rés em não efetuar a devida manutenção das locomotivas, deixando que trafeguem sem dispositivos de iluminação traseira, o que ocasionou danos patrimoniais e extrapatrimoniais aos autores, os quais devem ser indenizados.

Requereram a procedência da ação e a condenação das rés ao pagamento de indenização por dano moral em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), lucros cessantes com base no salário recebido pelo “de cujos”, na proporção de 2/3 de um salário mínimo abrangendo a data da morte em 02 de junho de 1987 até o dia em que a vítima completaria 70 anos de idade, num montante de R\$ 90.558,00, com os acréscimos de correção monetária a partir da data do ajuizamento desta e juros legais até a efetiva liquidação, bem como honorários advocatícios na base de 20% do valor da causa, requerendo ainda a constituição de capital para garantia do pagamento de pensão.

Apresentaram rol de testemunha às fls. 11

Solicitaram os benefícios da gratuidade de justiça, deram à causa o valor de R\$ 290.558,00 (duzentos e noventa mil, quinhentos e cinquenta e oito reais) e anexaram os documentos de fls. 12/33.

Foram deferidos os benefícios da Justiça Gratuita e determinada a citação das rés.

A Rede Ferroviária Federal S/A apresentou a petição de fls. 42/55 informando ser sucessora da FEPASA, noticiando sua extinção e sua sucessão pela União.

A ALL - América Latina Logística ofertou contestação, arguindo preliminar de ilegitimidade passiva de parte, denunciou da lide à RFFSA e anexou os documentos de fls. 42/55.

Às fls. 211/13 foi proferida decisão reconhecendo a incompetência absoluta do Juízo Estadual para processar e julgar a ação, ante a União ter sucedido a Rede Ferroviária Federal S/A, determinando a remessa dos autos a uma das Varas Federais daquela Comarca.

O feito foi redistribuído à Segunda Vara Federal de Presidente Prudente, tendo o juízo determinado a citação da União, conforme requereram os autores (fls. 222 e 223).

A União contestou o feito às fls. 231/250 anexando os documentos de fls. 251/272 e, em petição apartada de fls. 273/277, denunciou à lide o Estado de São Paulo.

Em sua contestação, a União requereu que ação fosse julgada improcedente por falta de prova acerca da responsabilidade da ré pelo evento danoso, consignou que a ação se reporta à responsabilidade subjetiva, suscitando a culpa da vítima como causa exclusiva ou concorrente do acidente.

Ao argumento de que o fato ocorreu há quase 20 anos da propositura da ação, questionou se a vítima havia respeitado a sinalização, consignando que o horário do acidente, aproximadamente às 4 horas da manhã, permite sugerir que houve negligência da vítima.

Asseverou que havia sinalização sonora e visual, conforme consta da sindicância processada internamente na FEPASA.

Sustentou que inexistia nexo causal entre a ação ou omissão ilícitas e o dano, pois não há relação de causalidade entre a ação de conduzir a composição móvel e evento morte do motorista da caminhão.

Discorreu que o laudo do Instituto de Criminalística, que foi lavrado após uma semana, não possui o grau de certeza absoluta que os autores lhe conferem.

Apontou que o único argumento fático da ação está na hipótese apresentada na inicial referente à falta de dispositivo luminoso na parte traseira, constante do laudo do Instituto de Criminalística, o qual é contrário ao Boletim de Ocorrência, que narra que o dispositivo estava obstruído (fl. 22 verso), portanto, havia dispositivo luminoso e acesso, embora obstruído.

Acrescentou que havia um auxiliar do condutor que fazia iluminação artificial, sinalizando a trajetória com a lanterna.

Expôs que não houve marca de frenagem na passagem de nível, no ponto em que houve o abalroamento, sugerindo que o caminhão não freou, arriscando dar tempo para atravessar os trilhos.

Explicitou que na sindicância instaurada pela FEPASA concluiu-se que o maquinista e os ajudantes adotaram as cautelas na condução da composição ferroviária, inferindo-se que a vítima agiu com culpa ao tentar atravessar a linha férrea.

Discorreu que o longo período de quase 20 anos, decorrido entre os fatos e a propositura da ação, mitigou o dano, portanto, no caso de procedência do pedido, o valor a ser arbitrado deve levar em conta o lapso temporal, bem como a culpa concorrente do da vítima, impugnando o valor requerido na inicial.

Sobre a pensão, ponderou que por tratar-se de verba alimentar, esta somente seria devida se necessária, assim, ante a ausência de filhos menores, não é possível sua fixação, aditando

que, no caso de obrigatoriedade o pagamento somente pode subsistir até que a vítima completasse 65 anos, contemplando período posterior à sentença ou ao ajuizamento da ação.

Impugnou ainda o valor requerido a título de lucros cessantes, ante a necessidade de sua comprovação.

Requeru no caso de procedência da ação, fosse a União isentada do pagamento de honorários de sucumbência ou, não sendo assim, fossem fixados com base no § 4º do artigo 20 do CPC/1973.

Às fls. 273/277 a União denunciou a lide a Fazenda do Estado de São Paulo, argumentando que em 02/06/1987, data do acidente, a exploração do serviço ferroviário e a propriedade das máquinas e vagões eram da FEPASA cuja maioria do capital social pertencia ao Estado de São Paulo.

Expõe que em 1988, as ações da FEPASA foram transferidas à União, surgindo a Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA titularizada pela União, que a sucedeu em 2007, em razão de sua extinção.

Afirma com base no contrato de compra e venda de ações celebrado entre a União e o Estado de São Paulo (fls. 278/294) que não é responsável por todas as obrigações contraídas pela FEPASA, pois o Estado de São Paulo assumiu algumas obrigações, ainda que desconhecidas (cláusula sétima), impondo a obrigatoriedade de denúncia da lide, nos termos do artigo 70, III do CPC/1973, pelo que requer sua citação. Anexou os documentos fls. 278/314.

As partes foram intimadas para especificarem as provas que pretendiam produzir (fls. 315).

A parte autora e a União requereram a produção de prova oral, consistente na oitiva de testemunhas (fls. 316 e 318).

Foi determinada a citação da litisdenunciada às fls. 319.

A Fazenda do Estado de São Paulo ofertou contestação às fls. 330/49, com documentos às fls. 350/64, discorrendo preliminarmente que o presente caso não comporta a denúncia prevista no artigo 70 do CPC/1973. Arguiu prescrição fundado no Decreto 29.210/32 e sobre o mérito, impugnou o laudo do Instituto de Criminalística, asseverando que segundo os elementos dos autos é possível concluir que a vítima agiu de forma imprudente, assumindo o risco de atravessar a linha, mesmo avistando a composição ferroviária, dando causa ao acidente.

Impugnou os valores requeridos a título de dano moral e o requerimento de lucros cessantes, ante a ausência de prova que a vítima exercia atividade, bem como sobre o pedido de pensão, asseverando que os filhos do falecido são maiores.

Os autores se manifestaram sobre a contestação da litisdenunciada às fls. 384/390.

Foi produzida prova oral, com audiência para oitiva das testemunhas da União, dos autores e depoimento pessoal da autora Maria Ana Minca da Silva, conforme documento anexado às fls. 416, em arquivo digitalizado, sendo determinado em audiência que as partes apresentassem memórias.

A parte autora apresentou alegações finais às fls. 422/425, a União às fls. 426/9, a ALL - América Latina Logística às fls. 430/433 e o Estado de São Paulo às fls. 446/448.

O Magistrado *a quo* acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* levantada pela ALL - América Latina Logística, considerou prejudicada a denúncia da lide em relação à RFFSA, ante a expressa rejeição da denúncia por parte do Estado de São Paulo, terminou que ação prosseguisse somente em relação à União, em aplicação do artigo 70, II do CPC/1973.

Julgou extinto o processo sem resolução de mérito em relação à ALL - América Latina Logística S/A e à Fazenda do Estado de São Paulo, com amparo no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil/1973, deixando de condenar autores ao pagamento da verba honorária em favor da primeira, por serem beneficiários da justiça gratuita e, quanto à segunda, porque não havia ônus da sucumbência tendo em vista que foi citada a pedido da União na condição de litisdenunciada.

Afastou a prescrição e no mérito, acolheu o pedido e julgou procedente em parte a ação para condenar a parte ré União a: pagar aos autores a título de dano moral, a importância correspondente a 200 (duzentos) salários mínimos e a título de pensionamento a importância correspondente a 4/5 do salário mínimo, por mês, a contar da data da morte, ocorrida em 02 de junho de 1987 até o dia em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Ante a sucumbência dos autores em parcela mínima do pedido, fixou a verba honorária em 10% sobre as parcelas vencidas, acrescidas de mais um ano das prestações vincendas.

Pertinente ao valor da condenação por dano moral fixou o *termo a quo* para a incidência da correção monetária na data em que foi arbitrado o valor definitivo, ou seja, na sentença.

Quanto à correção monetária e os juros moratórios, determinou a aplicação, respectivamente, dos Enunciados de nº 43 e 54, do STJ, que dizem: “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo” e “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”, com a ressalva de que tão somente quanto ao valor da condenação por dano moral o termo *a quo* para a incidência da correção monetária é a data em que foi arbitrado o valor definitivo, ou seja, na sentença.

Os percentuais de juros moratórios foram fixados em 6% (seis por cento) ao ano até a entrada em vigor do novo Código Civil (11/01/2003) e 1% (um por cento) ao mês a partir de então de acordo com a legislação civil (CC/1916, art. 1.062; e CC/2002, art. 406) e a orientação do Enunciado nº 20, formulado na I Jornada de Direito Civil, organizado pelo Conselho de Justiça Federal.

Não fixou custas em reposição, por serem os autores beneficiários da justiça gratuita.

Sujeitou a sentença ao reexame necessário.

Às fls. 452/484 União interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da sentença, expondo que não houve pedido expresso de dano material, de forma que ao conceder o pedido de lucros cessantes e de pensionamento, a situação se amoldou à figura da sentença *extra petita*.

Dispõe que sem qualquer informação sobre a renda do falecido, a sentença presumiu que auferia rendimentos no montante de um salário mínimo para fixar o valor da pensão.

Discorre que partindo dessas premissas equivocadas condenou a União aos valores apontados.

Expõe que nos casos de omissão do Estado incide a teoria da responsabilidade subjetiva, referida no artigo 37 § 6º da Constituição Federal, sustentando que não basta a relação entre a omissão estatal e o dano sofrido, fazendo-se necessário que o Estado tenha ocorrido em ilicitude, por não ter atuado para impedir o dano.

Sustenta que diante do exposto na inicial, afirmou-se que o dever de indenizar se fundamenta na culpa das requeridas, em vista da omissão “em não efetuar a devida manutenção das locomotivas”, no entanto, não se pode afirmar que o comportamento da FEPASA foi ilícito, alheio aos padrões normais de eficiência.

Afirma que as provas produzidas nos autos não se verifica culpa dos prepostos da FEPASA que adotaram todos os procedimentos padrão e legais para evitar a ocorrência do evento danoso.

Consignou que a informação do laudo do Instituto de Criminalística referente a “falta de luminoso na parte traseira”, contraria outras provas dos autos.

Faz indagações sobre a culpa dos prepostos da ré e da própria vítima, ponderando sobre o decurso de prazo entre os fatos e a promoção da ação, que somente se deu após quase 20 anos da data do acidente.

Argumenta que pode outra versão dos fatos como possível para ocorrência do acidente, e que o laudo de fls. 27 deixou de reportar sobre a existência ou não de cancela, sinalização sonora e luminosa.

Sustenta que outras provas revelam que a afirmação do laudo não é verídica, pois a composição tinha sinalização e ainda houve iluminação manual e apito.

Afirma que o boletim de ocorrência lavrado pela equipe da Polícia Militar atesta que a luz externa da composição estava obstruída, motivo pelo qual, reafirma que havia iluminação.

Discorre sobre o depoimento da testemunha Ezer Roberto Godoy, assinalando que ele não presenciou os fatos e caiu em contradição quando de seus esclarecimentos, referente à existência ou não de sinalização luminosa.

Afirma que a testemunha Geraldo da Cruz Lemos presenciou os fatos, foi taxativa ao afirmar que, que o maquinista foi avisado da aproximação do cruzamento e reduziu a velocidade que acionou o apito e a sinalização luminosa ao avistar o veículo da vítima, e que a sinalização por lanterna substitui a sinalização da composição ferroviária quando eventualmente obstruída.

Relata que a Sindicância instaurada no âmbito da FEPASA (fls. 251/271) concluiu que o motorista do caminhão foi imprudente ao ultrapassar o passagem de nível sem respeitar a sinalização existente. O mesmo quanto ao arquivamento do Inquérito Policial, em que se concluiu pela ausência de culpa do maquinista e do manobrador.

Conclui afirmando que as provas dos autos apontam que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima e não do Estado, asseverando que seus agentes empreenderam conduta adequada, observaram o padrão exigível para as circunstâncias relatadas, mas que a sentença se limitou ao laudo do Instituto de Criminalística, posicionando o caso na teoria objetiva.

Reafirma que a ré não incorreu em ação ou omissão voluntária como exigia o artigo 159 do Código Civil revogado, hoje artigos 186 e 927 do Código Civil.

Sobre a fixação dos valores da indenização, discorre que o ajuizamento se deu quase 20 anos após o acidente, sugerindo que a demora se deveu talvez a situação de imprudência da vítima, fazendo com que os autores não propusessem antes a ação.

Ainda sobre o decurso de prazo para a propositura da ação, assevera o tempo mitigou o dano, portanto, o valor arbitrado deve ser reduzido.

Argumenta que os valores devem ser reduzidos ainda, em razão da influência do grau de culpa ou intensidade da culpa, tendo em vista que os prepostos da FEPASA adotaram antes da colisão todas as cautelas necessárias para evitá-la.

Repisa sobre a culpa concorrente, reafirmando que a vítima agiu imprudentemente, situação também a ser ponderada.

Sobre os lucros cessantes, repisa que a parte autora não demonstrou a existência do dano

material, pois os autores estavam plenamente estabelecidos com suas profissões quando do ajuizamento da ação.

Sobre a pensão, discorre que por tratar-se de verba alimentar, esta somente poderia deferida se necessária, assim, ante a ausência de filhos menores, não é possível sua fixação, aditando que não pode ser fixada a título de dano moral, portanto constitui enriquecimento indevido aos autores.

Diz também ser contrária a doutrina e a jurisprudência, a fixação de verbas alimentícias em parcelas vencidas.

Impugna o valor fixado de dano moral, requerendo sua redução a ser avaliado de acordo com o grau de culpa e o tempo que se levou até a propositura da ação.

Protestou contra o termo inicial fixado aos juros de mora na indenização por moral, asseverando ainda que nos termos da Súmula 54 do STJ, se deve ponderar que a ação foi proposta quase 20 anos após dos fatos, sendo razoável considerar a mora a partir da citação válida e não da data do evento.

Sobre a taxa de juros, requereu a aplicação do 1º-F, com a redação após a Lei 11.960/2009, em caso de manutenção da decisão.

Sobre a denunciação da lide ao Estado de São Paulo, dispõe que deve ser mantido no polo passivo, pois caberá ao Estado, se condenada a União, ressarcir-la na medida do montante por ela despendido a título de indenização.

Requereu ainda, a redução da verba honorária, nos termos do disposto no § 4º do artigo 20 do CPC/1973, e não com base no § 3º, como constou da sentença.

Por fim requereu o pronunciamento expresso sobre as matérias e dispositivos legais invocados no apelo, especialmente dos artigos 5º, inciso LIV e LV e 37§ 6º da Constituição Federal, 186 e 927 do Código Civil e 159 do Código Civil revogado, artigos 131 e 219 do CPC, artigo 212 do Código de Trânsito Brasileiro e 83 do revogado Código de Trânsito Nacional e artigo 1º da Lei 9.494/97.

Devidamente intimadas, a Fazenda do Estado de São Paulo apresentaram contrarrazões às fls. 489/500, a ALL - América Latina Logística às fls. 501/509 e os autores às fls. 510/524.

Os autores interpuseram recurso adesivo às fls. 525/532, requerendo a reforma parcial da sentença para que a pensão indenizatória seja devida até a data em que o falecido completaria 70 anos.

Pugnaram a majoração do valor arbitrado a título de dano moral para 200 salários mínimos por autor, asseverando que na época dos fatos os filhos da vítima tinham três, nove e onze anos, sendo profunda a dor pela perda do pai, e porque também atenderia melhor ao caráter punitivo.

O recurso adesivo foi recebido, tendo as apeladas apresentado contrarrazões às 537/540 pela ALL - América Latina Logística, às fls. 541/548 pela União, às fls. 553/560 pelo Estado de São Paulo, sendo os autos remetidos ao Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Conforme relatado, trata-se de reexame necessário, recurso de apelação interposto pela ré União e recurso adesivo dos autores, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente em parte o pedido de indenização por dano material e moral, decorrente de acidente automobilístico em linha férrea ocorrido em 02/06/1987, que resultou no óbito de Arnaldo Pereira da Silva, cônjuge e pai dos autores.

Primeiramente cumpre analisar a necessidade da denunciação da lide e responsabilização do Estado de São Paulo.

No que diz respeito à lide secundária, postula a União a manutenção do Estado de São Paulo no polo passivo, pois, caso condenada, caberia ao Estado ressarcir-la do montante por ela despendido a título de indenização, nos termos da cláusula sétima do contrato de compra e venda de ações celebrado entre ambas, Representativas do Capital Social da FEPASA, conforme documento de fls. 278/294.

O Estado de São Paulo contestou a ação, mas não admitiu sua responsabilidade pelo evento, sustentando que o caso não se enquadra na excepcionalidade da referida cláusula sétima, pois, embora o acidente tenha ocorrido em 1987, quando a ferrovia era operada pela FEPASA, o direito questionado passou a existir somente com a propositura da ação no ano de 2007, não representando o passivo consolidado.

Argumenta ainda, que com a edição da Lei 11.483/07, houve a transferência de direitos, obrigações e ações judiciais da extinta RFFSA, o que inclui eventual indenização que os autores entendem ter direito, de forma que a hipótese não comporta a denunciação prevista no artigo 70 do CPC/1973.

Como se verifica, a questão apresentada é controvertida, na medida em que o litisdenunciado nega que o liame contratual lhe confira a responsabilidade da indenização questionada nos autos.

Para admitir a denunciação da lide seria necessária a análise da correta interpretação da cláusula contratual referida, o que não possui cabimento nesta via processual, por tratar-se de fato novo, diverso daquele que deu ensejo à ação principal de reparação por danos materiais e morais.

A denunciação só pode ser admitida nos casos de garantia automática decorrente da lei ou de contrato, ficando proibida a introdução de fato novo, não constante da ação originária, nos termos do artigo 70, III do Código de Processo Civil/1973.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DENUNCIAÇÃO À LIDE. DIREITO DE GARANTIA DECORRENTE DE LEI OU DE CONTRATO. INEXISTÊNCIA.

1. A denunciação à lide, fora das hipóteses dos incisos I e II do artigo 70 do Código de Processo Civil, somente é cabível quando há efetivo direito de garantia decorrente de lei ou de contrato, sub-rogando-se o denunciado no lugar do demandado, não bastando a mera vinculação lógica e formal entre os contratos firmados entre demandante e demandado e entre demandado e denunciado.

2. Não estando a Caixa Econômica Federal obrigada por lei nem por contrato a indenizar os eventuais prejuízos da Construtora em ação regressiva, mormente quando resultam de pretendido índice de reajuste diverso do previsto no contrato de financiamento assinado entre a empresa pública e a Companhia de Habitação Popular de Bauru - COHAB/BU, não há falar em direito de regresso e, por isso, em violação qualquer dos princípios da celeridade e da economia processual, sendo incabível a pretendida denunciação à lide com fundamento no artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil.

3. Rejeitados ambos os embargos de divergência.

(EResp 681.881/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, CORTE ESPECIAL, julgado em 4/5/2011, DJe de 7/11/2011)

AGRG NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. ACIDENTE DE TRANSITO. AMBOS OS VEÍCULOS ENVOLVIDOS NO SINISTRO ERAM LOCADOS. DENUNCIAÇÃO À LIDE, RECONHECIMENTO DE DIREITO DE REGRESSO. REVELIA DO LITISDENUNCIADO. FUNDAMENTO NOVO. INCONVENIÊNCIA À CELERIDADE DA LIDE PRINCIPAL. PEDIDO REGRESSIVO POSTERGADO PARA AÇÃO AUTÔNOMA. ART. 70, III, DO CPC. ART. 535 CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE. PRECLUSÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. NULIDADE. DECISÃO *EXTRA PETITA*. DENUNCIAÇÃO À LIDE. FACULTATIVA. DIREITO DE REGRESSO. NULIDADE AFASTADA. PRECEDENTES. SUMULA 83/STJ.

1. Ao firmar a conclusão acerca da legitimidade e da preclusão, o Tribunal recorrido tomou em consideração os elementos fáticos carreados aos autos. Incidência da Súmula 07/STJ.

2. Não é admissível a denúncia da lide embasada no art. 70, III, do CPC quando introduzir fundamento novo à causa, estranho ao processo principal, apto a provocar uma lide paralela, a exigir ampla dilação probatória, o que tumultuaria a lide originária, indo de encontro aos princípios da celeridade e economia processuais, os quais esta modalidade de intervenção de terceiros busca atender. Ademais, eventual direito de regresso não estará comprometido, pois poderá ser exercido em ação autônoma. Precedentes.

3. Ao repisar os fundamentos do recurso especial, a parte agravante não trouxe, nas razões do agravo regimental, argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.330.926/MA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe de 21/11/2013)

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC INOCORRÊNCIA. DANO AO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DENUNCIAÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. RELAÇÃO ENTRE PRETENSOS DENUNCIANTE E DENUNCIADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS.

1. Em primeiro lugar, não existe a alegada ofensa ao art. 535 do CPC. A contradição que autoriza o manejo dos aclaratórios é aquela que ocorre entre a fundamentação e o dispositivo, e não a interna à fundamentação. A obscuridade apontada confunde-se com o inconformismo da parte acerca do julgamento da controvérsia de fundo proferido pelo Tribunal, situação não enquadrada entre os vícios do art. 535 do CPC.

2. Em segundo lugar, pacífico o entendimento desta Corte Superior a respeito da impossibilidade de denúncia à lide quando a relação processual entre o autor e o denunciante é fundada em causa de pedir diversa da relação passível de instauração entre o denunciante e o denunciado, à luz dos princípios da economia e celeridade processuais. Precedentes.

3. Na espécie, a responsabilidade por danos ao meio ambiente é objetiva e a responsabilidade existente entre os pretensos denunciante e denunciado é do tipo subjetiva, razão pela qual inviável a incidência do art. 70, inc. III, do CPC.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1.213.458/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/8/2010, DJe de 30/9/2010)

Ademais, nos termos do artigo 75, inciso I, do CPC/1973 é imprescindível que o denunciado aceite a sua qualidade jurídica de litisdenunciado, não sendo suficiente que conteste o mérito da ação.

Dessa forma, não se afigura presente a hipótese processual de denunciação da lide prevista no inciso III do artigo 70 do CPC/1973, pois não há como imputar, de pronto, à denunciada, a obrigação de indenizar a denunciante pelo prejuízo que esta venha a sofrer caso reste vencida na ação de cobrança, razão pela qual deve ser rejeitada a denunciação.

Ressalto que não se decidiu acerca da responsabilidade ou não do Estado de São Paulo, de forma que não ficará a União impedida de ajuizar ação de regresso, em caso de procedência da ação.

Ante o exposto, a lide secundária deve ser devendo ser extinta sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, por falta de interesse processual.

Em prosseguimento, cumpre confirmar a sentença que afastou a prescrição, pois sendo a obrigação decorrente de direito pessoal, prescreve em 20 (vinte) anos, nos termos do artigo 177 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, incidindo na espécie o enunciado contido na Súmula nº 39 do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista.

Passo ao exame do mérito dos recursos das partes.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X, assegura o direito à indenização por dano moral ou material decorrente de violação à honra ou imagem das pessoas, objetivando atenuar sofrimento físico ou psíquico decorrente de ato danoso que atinge aspectos íntimos ou sociais da personalidade humana. Consigna o art. 37, § 6º, da Constituição Federal acerca da Responsabilidade Civil do Estado:

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:

[...] *omissis*

§ 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.

Nos casos de omissão, é possível a incidência da responsabilidade subjetiva, que se configura em face de dano causado ao administrado por ilícito culposo ou danoso.

A responsabilidade do ente estatal pelos danos causados em razão de sua conduta omissiva é subjetiva, caracterizando-se quando o Estado, por força de lei, tinha o dever de agir e não agiu, ou agiu deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões esperados e impostos pela própria norma.

De qualquer forma, em qualquer caso de responsabilidade, seja por conduta comissiva, seja por omissiva, haverá sempre os seguintes elementos a serem comprovados: o dano suportado pela vítima, a conduta (omissiva ou comissiva) e o nexo de causalidade. Ausentes um desses elementos, não há que se falar em responsabilização civil por parte da Administração.

Argumenta União sobre a necessidade de demonstração de culpa, à vista de se tratar de conduta omissiva, a qual alega não ter sido comprovada pelos apelados, pois restara agasalhada a tese da responsabilidade objetiva da Administração.

No entanto, analisando as provas dos autos verifica-se que restou demonstrada a omissão estatal.

O dano resultante do evento é evidente, pois não há controvérsia de que a vítima, Arnaldo Pereira da Silva, veio a falecer em decorrência de acidente automobilístico quando transpunha a linha férrea.

Resta avaliar se, como alega a União, inexistiu conduta culposa da FEPASA, ou se a vítima concorreu para o evento, ou se este ocorreu por sua culpa exclusiva.

A impugnação da ré deve a afirmação dos autores de que, de acordo com o laudo de Criminalística (fls. 27), o acidente ocorreu devido a falta de dispositivo luminoso na parte traseira da composição ferroviária, a qual sustenta que outras provas revelam que a afirmação do laudo não é verídica, pois a composição tinha sinalização e ainda houve iluminação manual e apito.

No entanto, a sentença não se fundou somente nesta prova para confirmar a omissão da ré, mas nas demais provas produzidas.

Sobre a dinâmica do acidente, importante esclarecer que a locomotiva fazia manobra de marcha ré, empurrando dois vagões tanque, ou seja, a locomotiva estava atrás dos vagões, conforme fotos anexadas às fls. 33.

Das provas apresentadas e colhidas temos a sindicância efetuada pela FEPASA (fls. 253/271), onde consta as declarações do ajudante de maquinista Osvaldo de Souza (fls. 262) que pilotava a locomotiva em marcha inversa com dois vagões a frente. Afirmou que foi alertado pelo ajudante de maquinista que viu o caminhão vindo em alta velocidade, quando passou a aplicou a emergência, mas já vinha acionando a buzina.

Declarou ainda que a passagem em nível não tem cancela e não é guarneçada nem de dia nem de noite, que o local tem bastante movimento por causa da faculdade de direito.

Que a locomotiva estava de farol aceso para o lado dos tanques, portanto para o lado do acidente.

Sobre a velocidade desenvolvida pela locomotiva, disse que acreditava em torno de 20Km/hora, pois o velocímetro tem fundo preto e é difícil enxergar e que deveria estar avariado pois presenciou um artífice fixar o ponteiro com cola durepox.

Nas declarações de Arnaldo Souza Júnior às fls. 264/5, ajudante de maquinista e na ocasião junto com Osvaldo de Souza, consta que alertou o maquinista da existência do caminhão, tendo o maquinista acionado a buzina e continuado na mesma marcha, que notou que o caminhão diminuiu a velocidade em um cruzamento, mais ou menos 150m, mas continuou em direção à passagem de nível (grifei).

Diz que quando o maquinista estava mais ou menos uns 40 metros antes da passagem em nível, perguntou ao declarante sobre o caminhão, tendo este lhe respondido que continuava em direção à passagem, e que pelo jeito não ia parar, que nesse exato momento o maquinista aplicou emergência e mesmo estando em funcionamento normal não foi possível parar (grifei).

Adicionou que a passagem está sinalizada com placas “Pare, olhe, escute” e que a locomotiva transitava com farol aceso naquela direção.

O declarante Geraldo da Cruz Lemos era o manobrador presente no dia dos fatos. Relatou que permaneceu na passarela do primeiro tanque com lanterna e rádio e que o maquinista vinha acionando a buzina da locomotiva em todas as passagens.

Quando notou o caminhão se aproximar a uns 40 metros passou a dar sinal de lanterna para o caminhão sem que o mesmo reduzisse a velocidade.

Informou que não havia tempo de avisar o maquinista, pois estava viajando na cabeceira do tanque.

(...) quando percebi que vinha vindo, comecei a acionar com a lanterna;

(...) Eu estava do lado que vinha o caminhão e mudei para o outro lado para não ser colhido pelo caminhão;

Estava com o farol aceso, mas quando a locomotiva esta em ré empurrando o vagão, às vezes tira o reflexo do farol, mas não estava no dia dos fatos.

P - Atrás tem dispositivo luminoso?

(...) Não, só a locomotiva e o vagão tem, o tanque de combustível não tem sinal luminoso, por isso usava a lanterna para sinalizar, substituindo a falta do sinal.

p- a função do senhor como manobrador era sinalizar

Sobre a sinalização no local: Era sinalizada pela cruz de santo André.

A testemunha Êzio Roberto Godoy, era encarregado da viatura, a época dos fatos, chegou logo após o acidente, informou que:

(....)

Lembro que havia um bico de luz /poste aceso no local, era um matagal e a composição toda apagada.

Sinalização somente tinha a cruzeta, pare olhe e escute.

Perguntas da ré sobre o local:

(...) Na época era bem abandonado o local, reitera que tinha um poste de iluminação.

Embora a União tenha impugnado o depoimento de Ezer Roberto Godoy quanto à existência ou não de sinalização luminosa, essa questão resta superada, pois restou incontroverso nos depoimentos e declarações que a luz do dispositivo luminoso estava obstruída pelos vagões que iam a frente da locomotiva, dessa forma, conclui-se que mesmo aceso, a luminosidade não era suficiente, de forma que se utilizou de lanterna para auxiliar.

Tal conduta pode ter contribuído para o acidente, conforme assinalado na sentença, tendo em vista que o farol da locomotiva pode ter induzido a vítima a acreditar que a composição estava trafegando em marcha ré.

Não havia praticamente luz vido do farol da locomotiva, pois haviam dois vagões na sua frente, apenas uma lanterna.

As cautelas tomadas pela ré, como redução da velocidade, acionamento de apito e sinalização por lanterna foram ineficientes para evitar o acidente.

A sindicância processada internamente na FEPASA, em que foram ouvidos os agentes da ré envolvidos no acidente, somente reforçam o descuido para com a situação, é o que se verifica das declarações do ajudante do maquinista às fls. 264/5, que alertou o maquinista sobre o caminhão, tendo o este acionado a buzina e continuado na mesma marcha, e somente depois, quando estava a 40 metros da passagem em nível aplicou a emergência (freios), quando poderia ter freado antes.

As normas que preveem a preferência de passagem aos veículos que se deslocam sobre os trilhos, contidas no artigo 83 do revogado CTN e artigo 212 do CTB não se sobrepõem à diligência e cuidados que os agentes da ré devem ter não condução de seus serviços, como no caso, em somente foi acionado o freio quando a locomotiva estava muito próxima.

Inobstante essas declarações tenham sido contraditórias, pois o maquinista falou que logo ao ser informado sobre o caminhão acionou o freio, mas o ajudante declarou que ele somente aplicou o freio de emergência na segunda vez, quando o veículo já estava próximo 40 metros, concluiu-se na sindicância da FEPASA que não havia responsabilidade a ser apurada.

Sobre a alegação da União o arquivamento do inquérito policial a pedido do Ministério Público Estadual deveria ser valorado em cotejo com as demais provas, seria possível admitir o seu valor relativo como prova emprestada se esta fosse incorporadas à demanda e se submetesse ao contraditório diferido.

No entanto, que somente existem algumas peças do inquérito e a União nada requereu a esse respeito, de forma que inexistiu qualquer tipo cerceamento de defesa, porquanto a produção de prova restou oportunizada pelo Juízo *a quo* às partes, sem ofensa, portanto, ao artigo 5º, inciso LIV e LV da Constituição Federal.

O exame das provas acostadas também revela que o local onde ocorreu o acidente era um perímetro urbano, sem cancela.

A responsabilidade pela implementação da sinalização adequada em tais locais incumbia à FEPASA, cabendo-lhe um mínimo de diligência e medidas de proteção, a fim de disciplinar o acesso à estrada de ferro por terceiros.

Nesse aspecto, correta a sentença que afastou a possibilidade de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, da qual destaco:

(...)

Na hipótese, não se pode dizer que a vítima concorreu para o evento danoso. Isso porque é de responsabilidade da Companhia Ferroviária a adoção de medidas de segurança ao longo da via férrea buscando evitar acidentes, principalmente em pontos de travessia localizados no perímetro urbano, onde a proteção das passagens de níveis por meio de cancelas se torna necessária para evitar acidentes.

Disto decorre que, a despeito da vítima não ter atentado para o sinal de lanterna e de não ter percebido o sinal sonoro dado pelo maquinista, o acidente teria sido evitado se no local da passagem de nível houvesse cancela, cuja colocação foi negligenciada pela FEPASA.

Ante as provas produzidas, não demonstrou a ré que a vítima agiu imprudentemente na condução do veículo, pois não é possível presumir que viu ou ouviu a insuficiente e precária sinalização visual ou sonora, portanto, não há como reconhecer a existência de culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

A pouca sinalização do local, como falta de cancela que evitaria o acidente, somada à ineficácia das medidas tomadas pelo ré, como o acionamento do freio em distância reduzida do acidente, quando se poderia fazê-lo antes, sinalização luminosa insuficiente, diferenciada de um farol de locomotiva, não foram suficientes para impedir o evento morte.

A situação caracteriza má prestação do serviço, circunstância que evidencia ato ilícito perpetrado pela ré que não age quando deveria, sujeitando-o à subjetiva responsabilização, nos termos do artigo 159 do Código Civil revogado, hoje artigos 186 e 927 do Código Civil, restando afastado por completo a exclusividade da culpa da vítima.

Do exame de todo conjunto probatório carreado aos autos, tenho que as de provas são idôneas para sustentar as alegações autorais, aplicação do art. 333, I, do CPC/1973.

Consoante o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, o juízo *a quo* decidiu segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*), restando afastada a alegação de ofensa ao artigo 131 do CPC/1973.

Tem-se assim, comprovada a conduta omissiva pelo fato do serviço (culpa administrativa) e o prejuízo (dano) experimentado pela vítima decorrente do abalroamento da composição férrea (nexo causal), impondo-se o dever de indenizar.

Concluindo pela responsabilidade civil, tem que indenizar e verificar o *quantum* impugnado pelas partes.

Insta, agora, adentrar o ponto comum do apelo e recurso adesivo interpostos, qual seja, o do inconformismo das partes com o valor arbitrado pela sentença recorrida, entendendo a parte autora que a quantia deve ser fixada para cada autor e a parte ré, que a mesma deve ser reduzida em razão do grau de culpa da vítima, bem como decurso de prazo para a propositura da ação, que veio a mitigar o dano.

Frente à dificuldade em estabelecer com exatidão a equivalência entre o dano e o ressarcimento, o STJ tem procurado estabelecer determinados parâmetros, a fim de se estabelecer um valor equivalente entre ambos, a fim de atender uma dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida.

Dentro dessa ótica, dispõe o Juiz de liberdade para apreciar, valorar e arbitrar a indenização dentro dos parâmetros pretendidos pelas partes, devendo-se levar em conta, para se fixar o seu *quantum*: o tipo de dano, o grau de culpa com que agiu o ofensor, a natureza punitivo-pedagógica do ressarcimento, que tem por fim potencializar o desencorajamento da reiteração de condutas lesivas de igual conteúdo, e a situação econômica e social de ambas as partes, a vítima e o autor do fato.

E ainda, a indenização por danos morais não deve proporcionar o enriquecimento sem causa do ofendido, mas não deve ser inexpressiva, de modo a servir de humilhação a vítima.

No tocante à pretensão de aumentar o valor da indenização, sobre alegação de que é insuficiente para ressarcimento do dano e desatende ao caráter punitivo, não tem razão os recorrentes.

O valor fixado pela sentença na importância correspondente a 200 (duzentos) salários mínimos tomou por base a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para os casos em que há morte do genitor (pai de família), de forma que o importe que a parte autora pleiteia, duzentos salários mínimos para cada autor, foge à realidade da jurisprudência atual e dominante.

Ademais, o valor requerido a título de dano moral na inicial é de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), não havendo referência que seria para cada autor, ao contrário, a quantia somada ao pedido de lucros cessantes no montante de R\$ 90.558,00, deu a causa o valor de R\$ 290.558,00.

Pertinente ao pedido de redução do valor da indenização pela União, não sendo reconhecida a existência de culpa concorrente ou exclusiva da vítima, não deve ser alterado o *quantum*, visto que a responsabilidade da ré não foi mitigada pela culpa da vítima.

Quanto à consideração sobre a demora do prazo para propositura da ação, tem-se que o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso do tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas a demora na busca da reparação deve ser considerada na fixação do *quantum*.

A propósito:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE PASSAGEIRO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. VIÚVA E PAIS DA VÍTIMA. PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA. PENSIONAMENTO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. DECURSO DE TEMPO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO QUE DEVE SER LEVADO EM CONSIDERAÇÃO NA FIXAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES.

1. A divergência jurisprudencial com fundamento na alínea “c” do permissivo constitucional, nos termos do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e do art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, requisita comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações.
2. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.
- 3 - No que se refere aos danos materiais, a jurisprudência desta Corte Superior há muito converge no sentido de que, nas famílias de baixa renda, há presunção relativa de dependência econômica entre seus membros, notadamente em razão da dificuldade da sobrevivência da família com o salário de apenas um deles. Quanto aos genitores, a presunção de assistência vitalícia dos filhos diminui depois que o filho completa 25 anos de idade ou constitui sua própria família, como na hipótese. Precedentes.
- 4 - Nos termos da orientação desta Corte, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do valor da condenação.
- 5 - “A demora na busca da reparação do dano moral é fator influente na fixação do *quantum* indenizatório, a fazer obrigatória a consideração do tempo decorrido entre o fato danoso e a propositura da ação” (REsp nº 526.299/PR, Corte Especial, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 5/2/2009).
- 6 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
(REsp 1133033/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 15/08/2012)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. DEMORA NA PROPOSITURA DA AÇÃO. REFLEXO NA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRECEDENTES.

1. A demora na busca da reparação do dano moral é fator influente na fixação do *quantum* indenizatório, a fazer obrigatória a consideração do tempo decorrido entre o fato danoso e a propositura da ação.
2. Embargos de divergência acolhidos.
(Corte Especial, REsp 526.299/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, unânime, DJ de 05/02/2009)

CIVIL. DANOS MORAIS. DEMORA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.

O decurso do tempo diminui, e às vezes até faz cessar, o sofrimento resultante do falecimento de uma pessoa da família, mas aquele que deu causa ao óbito responde pela indenização dos danos morais enquanto não prescrita a ação.

Recurso especial conhecido e provido.

(3ª Turma, REsp 284.266/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, unânime, DJ de 02/05/2006)

No entanto, prospera em parte o pedido da apelante União, pois o valor do dano moral se sujeita ao controle do STJ quando for irrisório ou abusivo.

Relevante anotar que na decisão proferida no RESP nº 900.367/PR, de DJe 26/5/2010, o Ministro Aldir Passarinho Júnior assinalou que:

(...) no que concerne aos danos morais, esta Corte tem o entendimento segundo o qual o lapso de tempo entre estes e a persecução de sua reparação não é causa de sua extinção, salvo, por

óbvio, se o ocorrer a prescrição, mas há de ser tal transcurso, todavia, considerado na fixação de seu montante, de modo a reduzi-lo, posto que o impacto da perda, quando proposta a demanda, já se atenuara.

(...) Ocorrida a morte do pai do autor no ano de 1977, sendo a ação proposta somente em 2001, aproximadamente vinte e quatro anos depois, portanto, e a fixação da reparação em definitivo pelo Tribunal Estadual na quantia de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), não há a necessária irrisão para o fim de ensejar a excepcional intervenção desta Corte na questão.

Destaco ainda do voto do Relator Ministro Cesar Asfor Rocha no REsp nº 711.887/PR de DJ 6/11/2006:

(...) Mesmo tendo em conta o tardio ajuizamento da demanda, quase vinte anos depois do evento danoso, tenho por razoável o arbitramento realizado nas instâncias ordinárias, que já tiveram em conta essa circunstância. Com efeito, à mãe de Alzira Ferreira da Luz foram concedidos sessenta salários mínimos; a cada um dos três filhos do Sr. Jovy Bortolo Vechiatto foi deferida indenização no importe de cinquenta salários mínimos, totalizando cento e cinquenta; por fim, a indenização devida à família de Terezinha Antônia Rodrigues foi de cento e setenta e cinco salários mínimos, sendo vinte e cinco a cada um dos sete autores deste grupo (pais e irmãos). Chega-se, assim, ao somatório de 285 (duzentos e oitenta e cinco) salários mínimos, em virtude do falecimento de três pessoas, o que não é exorbitante.(...)

E ainda:

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "C" - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA - DANO MATERIAL - JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO - PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DESDE O EVENTO DANOSO - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS - INFORTÚNIO OCORRIDO EM 10.04.1981, ANTES DA VIGÊNCIA DA CF/88 - DANO MORAL - CABIMENTO - LAPSO TEMPORAL DE 15 ANOS ATÉ O AJUIZAMENTO DA AÇÃO - RAZOABILIDADE DO QUANTUM A INDENIZAR - RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

(...) *In casu*, o egrégio Tribunal *a quo* concluiu, com apoio nos elementos probatórios constantes dos autos, ser a ferrovia responsável pelo dano causado à recorrente. Verifica-se, no entanto, que a autora levou quase dezesseis anos para pleitear a indenização pelo infortúnio, circunstância a influir no arbitramento do *quantum* a indenizar. A morte do cônjuge deu-se em 10 de abril de 1981, e a ação de indenização somente foi aforada em 14 de março de 1997, ou seja, mais de quinze anos após o acidente, o que naturalmente ameniza a dor sentida em decorrência da perda de pessoa estimada. É de bom conselho, dessarte, a fixação do dano moral em 100 (cem) salários mínimos, vigentes na época da liquidação, e juros de mora a partir do trânsito em julgado. Recurso especial provido em parte (REsp nº 236.066/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 3/11/2003 - grifou-se).

(...) ação de indenização por danos morais ajuizada em junho/98, decorrente do falecimento do pai dos autores ocorrido em 14/10/75 (...) sem embargo do exorbitante valor postulado, diante das circunstâncias do caso, notadamente o lapso temporal decorrido entre o evento danoso e o ajuizamento da ação (23 anos), além da situação sócio-econômica dos autores, e considerando os precedentes desta Corte em casos semelhantes, fixo a indenização em 100 (cem) salários mínimos para os três autores em conjunto (...)

(REsp 399.028/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 15/4/2002, grifou-se).

Dessa forma, nos termos da jurisprudência citada, e tendo por parâmetro, entre outros aspectos, as condições da vítima e do ofensor, o decurso de quase vinte anos entre os fatos e a propositura da ação, bem como os prejuízos decorrentes, deve ser reduzir os danos morais para 180 (cento e oitenta salários mínimos), a serem divididos entre a viúva e os filhos.

Sobre a alegação de sentença *extra petita*, sem razão a recorrente União.

As impugnações da apelante sobre a definição de lucros cessantes não possuem interesse recursal, pois estes não foram concedidos.

Não configura julgamento *extra petita* a condenação com enquadramento jurídico diverso do conferido na inicial, pois o juiz aplica o direito com base nas circunstâncias fáticas, como no presente, em que se postulou por lucros cessantes e pensionamento, sendo deferido o pedido de pensão, fixada a título de dano material.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INEXISTÊNCIA. ALTERAÇÃO DO VALOR FIXADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

- Não há julgamento *extra petita* quando o julgador interpreta o pedido formulado na petição inicial de forma lógico-sistemática, a partir da análise de todo o conteúdo da peça inaugural.

- A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

- Agravo não provido.

(AgRg no REsp 1372222/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013)

No julgamento da demanda, está o juiz tão somente vinculado aos fatos narrados, entendimento que coaduna com a opção, no ordenamento jurídico pátrio, pelo sistema da substanciação, em contraposição à teoria da individuação.

Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente, destacado do volto do relator:

Ao contrário do que se supõe, fundamento jurídico nada tem a ver com a qualificação jurídica dos fatos ou com os artigos de lei que tutelam a pretensão material, como quer fazer crer o recorrente. Entre nós vigora a máxima “da mihi factum dabo tibi ius” (dá-me os fatos que lhe darei o direito), que permite ao juiz aplicar a lei que considera adequada à solução da controvérsia, ainda que não trazida pelo postulante. É a aplicação do princípio da substanciação. (C. 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 01.02.1999, p. 223)

No que se refere à condenação ao pagamento de pensão, correta a sentença, pois é devida a indenização por dano material como o ressarcimento daquilo que representou a diminuição indevida do patrimônio do cônjuge sobrevivente e dos filhos, que contavam com três, nove e onze anos na data do acidente.

A pensão foi fixada levando em conta a dependência financeira existente entre os autores e a vítima, esposo e pai, a quem cabia a obrigação de sustento.

Essa dependência econômica da família (viúva com filhos menores) em relação à vítima é presumida, não sendo exigível a prova da necessidade da pensão, ao contrário do que alega a apelante.

Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DA ESPOSA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DO MARIDO. VALORAÇÃO DA PENA. PRESUNÇÃO LEGAL. CC, ART. 231-III. PROVA DA DEPENDÊNCIA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. RISTJ, ART. 257. DEDUÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) DA PENSÃO. GASTOS PRÓPRIOS DA VÍTIMA. LIMITE DO PENSIONAMENTO: 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. HONORÁRIOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 20, § 5º, CPC. ILÍCITO RELATIVO. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DO CREDOR NA FOLHA DE PAGAMENTOS DA DEVEDORA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - É comum nas famílias de baixa renda haver dependência econômica entre os cônjuges, notadamente em razão de ser sobremaneira difícil a sobrevivência da família com o salário de apenas um deles, sendo certo, ademais, que a assistência econômica prestada por um dos cônjuges ao outro goza de presunção legal de existência (art. 231, III, CC).

II - Segundo a boa doutrina, “os danos materiais e morais causados aos parentes mais próximos não precisam de prova, porque a presunção é no sentido de que sofrem prejuízos com a morte do parente”.

III - Os alimentos a que se refere o art. 1537-II, CC, não se identificam com os previstos no Direito de Família.

(...)

VII - Tratando-se de empresa concessionária de serviço público, de reconhecida solvabilidade, é dispensável a constituição de capital, bastando a inclusão do beneficiário da pensão em sua folha de pagamento.

(REsp nº 157.912/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 21/9/1998 - grifou-se).

Deste modo, inexistem motivos impeditivos ao deferimento do pagamento de pensão, por aquele que deu causa à interrupção prematura da vida do esposo e pai dos autores.

Embora tenha natureza alimentar, a pensão questionada nos autos é oriunda de ato ilícito, como forma de ressarcimento e não se confunde com a pensão alimentícia decorrente de direito de família, por isso é devida desde o evento morte, perdurando pelo período de vida provável da vítima.

O mesmo se diga em relação à pensão a ser paga aos filhos menores, cujo direito se encerra com a maioridade, acrescentando a parte da pensão à viúva.

No presente caso não houve fixação de cota ou percentual por autor, pois os filhos já eram maiores à época da propositura da ação, de forma que a pensão fixada no total fixado em 4/5 (quatro quintos) de um salário mínimo cabe a viúva, a quem coube o sustento dos filhos na ausência do pai, conforme assinalado em seu depoimento pessoal.

Confirmam-se os precedentes do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JUROS DE MORA. DIREITO DE A VIÚVA ACRESCER. EXPLICITAÇÃO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência no sentido de a) ser cabível o direito de acrescentar à viúva a parcela dos filhos quando estes deixarem de receber a pensão; e b) de que as taxas de juros aplicáveis em caso de responsabilidade extracontratual são de 0,5% ao mês, até a entrada em vigor do novo Código Civil, e, a partir daí, a Selic.

2. Embargos de Declaração acolhidos sem efeito modificativo.

(EDcl no REsp 1155559/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDATURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 04/02/2011)

Ainda sobre a pensão, os autores apresentaram recurso adesivo requerendo reforma da sentença para que o termo final seja fixado aos 70 anos da provável vida da vítima, o que seria presumível ante o aumento da expectativa de vida nas últimas décadas.

De fato o parâmetro para fixação do termo final da pensão por morte à viúva tem sido a provável expectativa de vida do falecido, cujo limite de 65 anos não é absoluto.

Embora existam julgados do STJ, como invoca a União em suas contrarrazões, limitando o pagamentos de pensão a 65 anos, é correto afirmar, com base em informações colhidas no sítio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, que a expectativa de vida da população brasileira tem aumentado nos últimos, chegando à média em 2012 de 74,6 anos.

Tais dados levam a crer que muito provavelmente a vítima chegaria aos 70 anos de idade, de forma que deve ser acolhido o recurso dos autores para fixar o termo final da pensão que coube à viúva até a data em que a vítima completaria 70 anos de idade.

Há julgados com o mesmo entendimento:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTUM DOS DANOS MORAIS. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. MP 2180/35-01. PENSÃO. TERMO *AD QUEM*. DATA EM QUE O *DE CUJUS* COMPLETARIA 70 ANOS.

1. Trata-se na origem de Ação Condenatória contra o Estado da Paraíba, em razão do assassinato do esposo/pai dos ora recorrentes, em 1984, por policiais militares, condenados penalmente.

2. A sentença de 1º grau julgou a demanda parcialmente procedente, estabelecendo indenização por danos morais, pensão alimentícia mensal e danos materiais a partir de 1999 (o período anterior estaria prescrito), acrescidos de correção monetária e juros de mora. O acórdão deu provimento parcial à apelação dos particulares apenas para reconhecer a incidência de juros de mora a partir dos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

3. Os recorrentes pretendem ver afastada a prescrição em relação a uma das partes; majorar os danos morais; retroceder a incidência de juros à data do evento; modificar seu percentual; e estender a pensão até a data da atual expectativa de vida do brasileiro.

4. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o termo inicial da prescrição, em ação de indenização por ilícito penal praticado por agente do Estado, é o trânsito em julgado da Ação Penal condenatória. Se houve o reconhecimento da eficácia interruptiva da prescrição promovida pela Ação Penal, não se pode mitigá-la de modo a permitir a propositura da ação indenizatória, mas obstar o pedido de pensão relativa a período posterior à Ação Penal.

5. A sentença, em capítulo não reformado, fixou a condenação no valor de R\$ 200.000,00 em favor da viúva e R\$ 100.000,00 para cada filho. A partir dessas premissas, a verificação da razoabilidade do *quantum* indenizatório esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ.

6. Os juros moratórios sobre as condenações contra a Fazenda Pública, nas demandas judiciais propostas após a edição da Medida Provisória 2.180-35/2001, devem incidir no percentual de 6% ao ano, mesmo que se trate de pensões ou de parcelas de natureza alimentar.

A orientação foi reafirmada pela Terceira Seção do STJ no julgamento do REsp 1.086.944/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (art.543-C do CPC).

7. O critério para determinar o termo final da pensão devida à viúva é a expectativa de vida do falecido. Ela não é indicador estanque, pois é calculado tendo em conta, além dos nascimentos e óbitos, o acesso à saúde, à educação, à cultura e ao lazer, bem como a violência, a criminalidade, a poluição e a situação econômica do lugar em questão.

8. Qualquer que seja o critério adotado para a aferição da expectativa de vida, na hipótese de dúvida o juiz deve solucioná-la da maneira mais favorável à vítima e seus sucessores.

9. A idade de 65 anos, como termo final para pagamento de pensão indenizatória, não é abso-

luta, sendo cabível o estabelecimento de outro limite, conforme o caso concreto. Precedentes do STJ.

10. É possível a utilização dos dados estatísticos divulgados pela Previdência Social, com base nas informações do IBGE, no tocante ao cálculo de sobrevivência da população média brasileira. Em homenagem à alteração gradativa e prospectiva da jurisprudência, bem como aos precedentes referidos pelos recorrentes, o termo *ad quem* para o pensionamento deve ser a data em que o *de cujus* completaria 70 anos.

11. Recurso Especial parcialmente provido para afastar a prescrição, fixar o termo *a quo* dos juros incidentes sobre a parcela pretendida a partir do evento danoso e estabelecer como termo *ad quem* para o pensionamento a data em que o *de cujus* completaria 70 anos.

(REsp 1244979/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 20/05/2011)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO FINAL. PENSÃO POR MORTE. EXPECTATIVA DE VIDA DA VÍTIMA. IDADE DO FILHO.

1. Cuida-se de Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em decorrência do óbito de motorista, após colidir o veículo com viatura da Polícia Militar conduzida por agente estadual no exercício da função.

(...)

6. O critério para determinar o termo final da pensão devida à viúva é a expectativa de vida do falecido.

7. A expectativa de vida não é indicador estanque, pois é calculado tendo em conta, além dos nascimentos e óbitos, o acesso à saúde, à educação, à cultura e ao lazer, bem como a violência, a criminalidade, a poluição e a situação econômica do lugar em questão.

8. Qualquer que seja o critério adotado para a aferição da expectativa de vida, na hipótese de dúvida o juiz deve solucioná-la da maneira mais favorável à vítima e seus sucessores.

9. A idade de 65 anos, como termo final para pagamento de pensão indenizatória, não é absoluta, sendo cabível o estabelecimento de outro limite, conforme o caso concreto. Precedentes do STJ.

10. É possível a utilização dos dados estatísticos divulgados pela Previdência Social, com base nas informações do IBGE, no tocante ao cálculo de sobrevivência da população média brasileira.

11. No que respeita ao termo *ad quem* da pensão devida ao filho menor em decorrência da morte do pai, é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que deve alcançar a idade em que os beneficiários completam vinte e cinco anos de idade, quando se presume terem concluído sua formação, incluindo-se a universidade. Incidência da Súmula 83/STJ.

12. Recurso Especial não provido. (REsp 1027318, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 31.8.2009).

Juros e correção monetária

Sobre o valor fixado na indenização por dano material incidirá juros de mora a partir do evento danoso, nos termos do enunciado 54 da Súmula do STJ e, da mesma forma, a correção monetária será aplicada desde a data do evento danoso, conforme Súmula 43 do STJ, correta a sentença nesse aspecto.

Igualmente confirma-se a sentença quanto termo inicial dos juros de mora e correção monetária pertinente ao valor fixado a título de dano moral, incidirá correção a partir do arbitramento, conforme súmula 362 do STJ, ou seja, da publicação deste acórdão, e juros de mora desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Em que pese a impugnação da União no tocante ao termo inicial da fixação dos juros moratórios, os quais entende que devem fluir a partir da data do arbitramento, em especial pela

demora na propositura da ação, não é o caso de se afastar a aplicação da súmula 54 do STJ.

É entendimento pacificado no âmbito da Segunda Seção do STJ que os juros de mora, em caso de responsabilidade extracontratual, incidem a partir do evento danoso, uma vez que a mora que fundamenta a incidência deste encargo existe desde o evento danoso que ensejou o pedido de reparação por danos morais.

Ademais, a demora na busca da reparação é um fato que já foi considerado na fixação do *quantum* das indenizações, de forma que a alteração do termo inicial dos juros para data da citação implicaria em dupla redução, se distanciando da justa indenização.

Quanto ao percentual dos juros de mora, deve ser provido o apelo da União quanto ao pedido de observação da Lei 11.960/09.

Dessa forma, deverá incidir o percentual de 0,5% (meio por cento) até 11.01.2003 e, somente a partir de 12/01/2003 (entrada em vigor do novo Código Civil) à taxa de 1% (um por cento) ao mês, reduzidos em 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da entrada em vigor da Lei 11.960/09, ante a condenação imposta à União.

Por sua vez, a correção monetária deverá obedecer aos critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013, aplicando-se no que couber e não contrariar a presente decisão, conforme determinado na sentença.

Honorários advocatícios

Por fim, em relação à fixação dos honorários advocatícios não merece prosperar o pedido das partes.

Alega a União que não há justificativa para fixação de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, pois sendo vencida a Fazenda Pública, deve ser tomado por base, para determinação do correspondente à verba honorária, o mencionado no § 4º do art. 20 do CPC.

Já os autores, pleiteiam a majoração da verba honorária para 15% sobre o valor da condenação, ao fundamento de houve sucumbência mínima, devendo ser consideradas as circunstâncias do § 3º do artigo 20 do CPC/1973.

O citado artigo assim prevê:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria

(...)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo anterior.

Da leitura do referido artigo verifica-se que o arbitramento dos honorários exige ponderação de inúmeros fatores, os quais devem ser considerados para fixação dos honorários quando vencida a Fazenda Pública, ou mesmo quando vencedora.

No presente caso, considerando que a parte autora decaiu de parte mínima do pedido e que foi vencida a Fazenda Pública, sopesando a natureza da causa, bem como que feito demandou a realização de audiência de instrução e julgamento, entendo que a sua fixação em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação deve ser mantida, pois está estipulado em conformidade com os § 3º e § 4º do artigo 20 do CPC/1973.

Assinala-se que o parágrafo 4º do art. 20 não impede que os honorários fixados contra ou favor da Fazenda Pública sejam determinados em valor determinado ou percentual ou sobre o valor da causa ou da condenação.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DA UNIÃO. ART. 20, §§ 3º E 4º DO CPC. FIXAÇÃO EMPERCENTUAL. ADMISSIBILIDADE. EXORBITÂNCIA NÃO CARACTERIZADA. SÚMULAS 284/STF E 7/STJ. 20 §§ 3º 4º CPC

1. Em Recurso Especial, a agravante insurgiu-se contra a fixação de honorários em 10%, alegando desvinculação dos critérios determinados pelo art. 20, § 3º, do CPC. 20§ 3º CPC 2. Se é fato que, vencida a Fazenda Pública, o arbitramento dos honorários não está adstrito aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade, é igualmente verdade que não há norma que impeça a utilização, a priori, de percentual para afixação de honorários, ainda que coincidente com os patamares do art. 20, § 3º, do CPC. 20 § 4º CPC 20 § 3º CPC 3. Alterar o percentual demanda a demonstração de que os honorários foram exorbitantes. Nesse ponto, a despeito das considerações em Agravo Regimental, o Recurso Especial foi singelo, ao afirmar que o valor é “de todo desproporcionado e desproporcional”. Não trouxe nas alegações o valor da causa, o valor da condenação ou a exposição sobre a complexidade dos debates. O Tribunal de origem também não abordou tais tópicos. Incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ. 4. Agravo Regimental não provido. (1424980 MT 2011/0181679-4, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 14/02/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2012, undefined)

ARQUIVAMENTO EQUIVOCADO DO FAX DA PETIÇÃO CERTIFICADA NOS AUTOS, APÓS DESPACHO TEMPESTIVIDADE DO PRIMEIRO AGRAVO REGIMENTAL PRESCRIÇÃO REPETIÇÃO DE INDÉBITO TERMO INICIAL PAGAMENTO HONORÁRIOS REVISÃO EQUIDADE SÚMULA 77/STJ.

(...)

3. Ao condenar a Fazenda Pública em honorários, o julgador não está adstrito a adotar os limites percentuais de 10% a 20% previstos no 3º, podendo, ainda, estipular como base de cálculo tanto o valor da causa como da condenação. Aliás, a fixação da verba honorária pelo critério da equidade, na instância ordinária, é matéria de ordem fática insuscetível de reexame na via especial, ante o óbice da Súmula 7.

Agravo regimental parcialmente provido, apenas para conhecer o primeiro agravo regimental. (AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 985.125/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 11/05/2009)

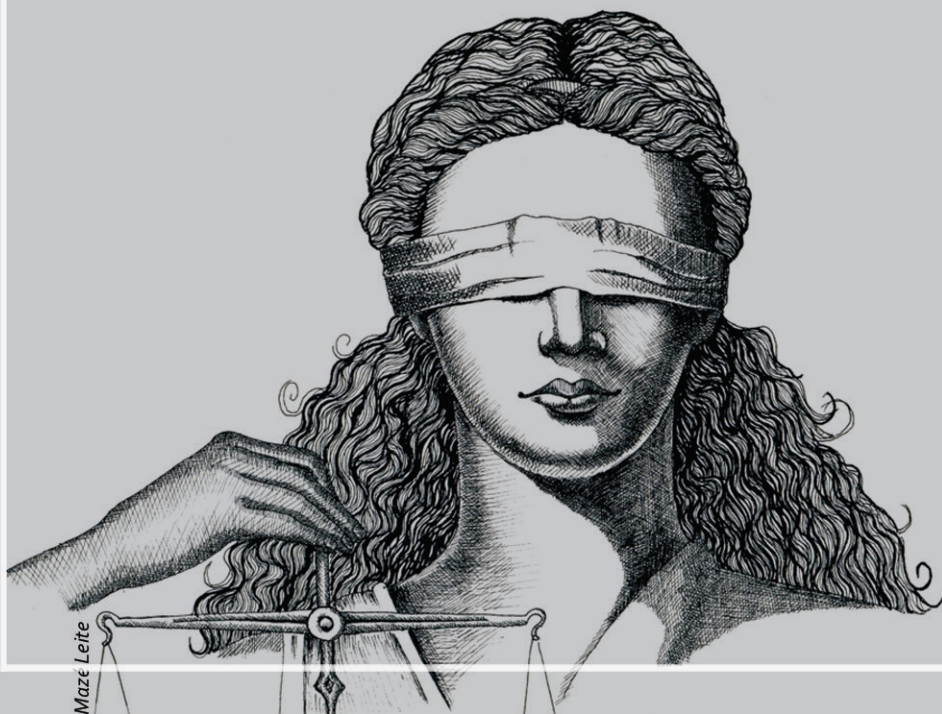
Ante o exposto, conheço do recurso necessário, mas a ele nego provimento, dou parcial provimento à apelação da União para reduzir o valor da indenização a título de dano moral ao equivalente a 180 (cento e oitenta) salários mínimos e reduzir o percentual de juros de mora

a partir da entrada em vigor da Lei 11.960/09. Em relação à lide secundária, julgo extinta sem resolução do mérito e denunciação da lide, nos termos do artigo 485, VI, do novo CPC, por falta de interesse processual. Dou parcial provimento ao recurso adesivo dos autores para fixar o termo final do pensionamento a data e, que o *de cujus* completaria 70 anos. Mantidos os demais termos da sentença.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0001778-46.2015.4.03.6115
(2015.61.15.001778-2)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, CARLOS ALBERTO DO VALLE (réu preso) E BENEDITO LAÉRCIO DE MORAES (réu preso)

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: ACr 66407

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2016

EMENTA

PROCESSO PENAL. ART. 334-A, IV E V DO CÓDIGO PENAL, C. C. O ART. 3º DO DECRETO-LEI Nº 399/68; DO ART. 288 DO CÓDIGO PENAL E DO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97, NA FORMA DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL, ART. 62, IV DO CÓDIGO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA. DECRETAÇÃO DE NULIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAR O PREJUÍZO SOFRIDO. MATERIALIDADE. DELITOS DE CONTRABANDO E ATIVIDADE CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÕES. COMPROVADA. MATERIALIDADE DO DELITO DO ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. NÃO COMPROVADA. AUTORIA. DOSIMETRIA.

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.

2. A materialidade do delito do art. 334-A do Código Penal e do crime do Art. 183 da Lei nº 9.472/97 está suficientemente demonstrada.

3. Não é aplicável o princípio da insignificância ao crime de atividade clandestina de telecomunicações, pois, independentemente de grave lesão ou dolo, trata-se de crime de perigo, com emissão de sinais no espaço eletromagnético à revelia dos sistemas de segurança estabelecidos pelo Poder Público. O simples funcionamento de aparelho de telecomunicação sem autorização legal, independentemente de ser em baixa ou alta potência, coloca em risco o bem comum e a paz social.

4. Não obstante a apreensão do caminhão indique que havia a participação um terceiro indivíduo envolvido na prática delitiva, não há como concluir, sem dúvidas, que a associação entre os três agentes tenha se dado de maneira estável e permanente. A expressiva quantidade da carga e a existência de registro não são suficientes para demonstrar que associação dos réus e terceiro para a perpetração dos crimes tenha perdurado ou que pretendiam, juntos, os três, perpetrarem outros delitos da mesma espécie daqueles apurados nesses autos.

5. A autoria delitiva em relação aos delitos do art. 334-A do Código Penal e do art. 183 da Lei nº 9.472/97 resta suficientemente demonstrada, razão pela qual a condenação dos acusados deve ser mantida.

6. A expressiva quantidade de cigarros apreendida (545.130 (quinhentos e quarenta e cinco mil, cento e trinta) cigarros de origem paraguaia), seu elevado valor, bem como o tributo suprimido, e que considero a título de consequências do delito, justificam a fixação da pena-base estabelecida nos moldes da sentença.

7. A 5ª Turma deste Tribunal não tem admitido a incidência da agravante do art. 62,

IV, do Código Penal em casos de prática de contrabando mediante paga ou promessa de recompensa (TRF da 3ª Região, ACr nº 00002684120144036112, Rel. Des. Paulo Fontes, j. 05.10.15, TRF da 3ª Região, ACr nº 00018562020134036112, Rel. Des. Paulo Fontes, j. 28.03.16, TRF da 3ª Região, ACr nº 0008179-75.2012.4.03.6112, Rel. Des. Maurício Kato, j. 09.05.16)

8. Não há informação sobre condenação com trânsito em julgado em relação aos registros criminais diversos em nome do acusado, o que obsta o agravamento da pena-base, a teor da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

9. A restituição das coisas apreendidas somente pode ocorrer quando não mais interessarem ao processo, conforme preceitua o art. 118 do Código de Processo Penal.

10. Apelação da defesa provida em parte. Apelação da acusação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação da defesa reduzir a pena do delito de descaminho, em decorrência da não incidência da circunstância agravante do art. 62, IV, do Código Penal, fixando as penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa, para cada réu, pela prática dos crimes de contrabando e atividade clandestina de telecomunicações, na forma do art. 69 do Código Penal e, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da acusação para manter os bens apreendidos enquanto perdurar as investigações, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de setembro de 2016.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal, por Carlos Alberto do Valle e Benedito Laércio de Moraes contra a sentença de fls. 478/497, que condenou cada um dos réus a 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão pela prática do delito do art. 334-A, § 1º, IV e V, do Código Penal, c. c. o art. 3º do Decreto-lei nº 399/68 e art. 62, IV, do Código Penal e a 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, na forma do art. 69 do Código Penal, regime inicial de cumprimento de pena semiaberto; e, absolveu os acusados pela prática do delito do art. 288 do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Apela o Ministério Público Federal, alegando, em síntese, o seguinte:

a) consta dos autos que desde data desconhecida até 22.07.15, os réus Carlos Alberto do Valle e Benedito Laercio de Moraes, junto com indivíduo não identificado, associaram-se para o fim de praticar crimes de contrabando e de desenvolvimento de atividade clandestina de telecomunicações;

b) em 22.07.15, os acusados e terceiro indivíduo adquiriram, transportaram e mantinham em depósito, para posterior comercialização, 545.130 (quinhentos e quarenta e cinco

mil, cento e trinta) maços de cigarros de origem estrangeira (paraguaia), sem a documentação legal e de comercialização proibida no País;

c) consta ainda que em 22.07.15, os réus previamente associados com indivíduo não identificado, desenvolveram atividades de telecomunicações sem autorização da ANATEL, mediante a utilização dos aparelhos transceptores instalados no interior do veículo Volkswagen Gol e do caminhão Volvo, ambos apreendidos na data dos fatos;

d) o réu Carlos Alberto do Valle admitiu, em sede policial, ter descarregado uma carga de cigarros de origem paraguaia em um imóvel, que foi indicado aos policiais, a qual foi apreendida e após averiguação nos veículos foram encontrados os rádios transceptores;

e) restou demonstrada a conduta do art. 288 do Código Penal;

f) as circunstâncias da prática delitiva do crime de descaminho, com destaque para o elevado número de cigarros, a existência de atuações semelhantes e a utilização de rádios transmissores, indicam a existência de associação estável e permanente para a prática dessas espécies de delitos;

g) as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao acusado Benedito Laercio de Moraes, justificando-se a elevação de sua pena;

h) considerando a utilização dos veículos apreendidos para a prática dos crimes, deve ser decretada a pena de perdimento de tais bens ou deve ser impedida a sua liberação em razão da investigação penal pela Polícia Federal, ainda em curso (fls. 573/590).

Apelam Benedito Laércio de Moraes e Carlos Alberto do Valle, em síntese, com os seguintes argumentos:

a) nulidade da sentença, considerando que não foi apreciada preliminar arguida em debates, de que houve nulidade absoluta em razão da inversão do ônus de prova, uma vez que as testemunhas de defesa foram ouvidas antes das de acusação;

b) a oitiva da testemunha de defesa ter sido antecipada impossibilitou que diversos fatos fossem esclarecidos;

c) a defesa apresentou petição por meio da qual requereu a oitiva das testemunhas de acusação antes das de defesa e se dispôs a levá-las para serem ouvidas na Comarca de São Carlos (SP), mas o pedido foi indeferido;

d) a preliminar foi arguida em debates e não foi apreciada na sentença, contrariando os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa;

e) os acusados negaram a autoria delitiva e foram alvos de abusos por parte da autoridade policial;

f) os depoimentos dos policiais que participaram da prisão e apreensão não servem para embasar a condenação;

g) não resta comprovado o vínculo entre os réus;

h) os rádios encontrados não estavam na mesma frequência e o laudo complementar indicou que não era possível verificar se estavam funcionando na data dos fatos;

i) as provas não demonstram que os acusados tenham praticado os delitos que lhes foram imputados;

j) em relação do delito de desenvolver atividade clandestina de telecomunicação não foi apurada a potência que tinham os rádios no momento da apreensão, não foi apreendida qualquer antena e não há prova de prejuízo a terceiros, sendo aplicável o princípio da insignificância;

k) subsidiariamente, o delito do art. 183 da Lei nº 9.472/97 deve ser desclassificado para o do art. 70 da Lei nº 4.117/62;

l) as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis aos acusados, de maneira que não se justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal;

m) não incide o art. 62, IV, do Código Penal, afastando-se a exasperação de 1/6 (um sexto) da pena;

n) o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o aberto (fls. 610/635).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 635/643 e 678/726).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Alvaro Luiz de Mattos Stipp, manifestou-se pelo desprovemento da apelação da defesa e pelo parcial provimento ao recurso da apelação para que os réus fossem condenados pelo delito do art. 288 do Código Penal e para que seja decretada a pena de perdimento dos veículos apreendidos ou mantida a apreensão enquanto a investigação policial estiver em curso (fls. 736/745v.).

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. Carlos Alberto do Valle e Benedito Laercio de Moraes foram denunciados pela prática dos delitos do art. 334-A, IV e V do Código Penal, c. c. o art. 3º do Decreto-lei nº 399/68; do art. 288 do Código Penal e do art. 183 da Lei nº 9.472/97, na forma do art. 69 do Código Penal, incidindo o art. 62, I e IV do Código Penal.

Consta que entre data desconhecida e 22.07.15, os réus e indivíduo não identificado associaram-se para cometer crimes de contrabando e para o desenvolvimento de atividade clandestina de telecomunicações.

Na mesma data o réu e o outro indivíduo não identificado adquiriram, transportaram e mantinham em depósito para posterior atividade comercial a quantidade de 545.130 (quinhentos e quarenta e cinco mil, cento e trinta) cigarros de origem paraguaia sem a documentação e de comercialização proibida no País.

Ainda em 22.07.15, os réus associados com o indivíduo não identificado desenvolviam atividade de telecomunicações sem autorização da ANATEL por meio da utilização dos aparelhos transceptores instalados no interior do veículo Volkswagen Gol 1.6 Power e do caminhão Volvo apreendidos na data dos fatos.

Após abordarem o veículo em que estavam os acusados e parecia escoltar um caminhão, os policiais encontraram com o acusado Carlos Alberto a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e ao examinarem o automóvel localizaram o “macaco hidráulico” de um caminhão.

Foram feitas buscas e o caminhão foi encontrado.

O acusado Carlos Alberto Valle admitiu para a autoridade policial que havia descarregado grande quantidade de cigarros de origem paraguaia, indicando o imóvel onde estava tal carga. O réu informou, ainda, que receberia R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para tal serviço.

Verificado o imóvel indicado pelo acusado, foi encontrada a mercadoria apreendida (ci-

garros). No auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal foi reconhecida a origem estrangeira e atribuído o valor de R\$ 2.600.270,10 (dois milhões seiscentos mil duzentos e setenta reais e dez centavos) aos cigarros.

Os aparelhos transceptores que estavam instalados nos veículos foram submetidos à perícia e o laudo concluiu que esses estavam em condições de funcionamento e tinham capacidade de interferência em estações licenciadas que operam dentro da mesma frequência. Os réus não tinham autorização da ANATEL para utilização de aparelhos comunicadores.

As circunstâncias dos delitos indicam a existência de associação estável para a prática dos crimes de descaminho e desenvolvimento de atividade de telecomunicações clandestina.

Os telefones celulares dos denunciados foram objeto de análise pericial que registrou que Benedito trocou mensagens com indivíduo cujo código telefônico pertence ao estado do Paraná, nas proximidades com a fronteira do Paraguai.

Os cigarros apreendidos não podiam ser comercializados no Brasil (fls. 270/277).

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 alega nulidade da sentença porque nessa não teria disso apreciada preliminar arguida em debates, de que houve nulidade absoluta em razão da inversão do ônus de prova, uma vez que as testemunhas de defesa foram ouvidas antes das de acusação. Acrescenta que a oitiva da testemunha de defesa ter sido antecipada impossibilitou que diversos fatos fossem esclarecidos.

Entretanto, razão não lhe assiste.

Verifica-se que a questão da inversão da prova já havia sido alegada pela defesa (fls. 358/359). O pedido foi indeferido, com fundamento no art. 400, c. c. o art. 222, do Código de Processo Penal (fl. 361/361v.).

Portanto, considerando que o Juízo *a quo* já havia se pronunciado quanto à alegação, não se verifica a nulidade por não ter sido reapreciada em sentença.

Ademais, não há que se falar em nulidade, uma vez que o Código de Processo Penal prevê tal possibilidade nos casos em que as testemunhas são ouvidas por carta precatória.

Cumprir observar que a defesa não indica quais as questões específicas, que pudesse afastar a materialidade ou a autoria dos delitos e que não teriam sido esclarecidas. Não resta demonstrado prejuízo.

Materialidade. Art. 334-A no Código Penal. A materialidade do delito do art. 334-A do Código Penal está suficientemente demonstrada pelos seguintes elementos de convicção:

- a) auto de prisão em flagrante (fls. 2/11);
- b) auto de apresentação e apreensão (fls. 14/15);
- c) auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal de mercadorias que atribui aos cigarros o valor de R\$ 2.600.270,10 (dois milhões seiscentos mil duzentos e setenta reais e dez centavos) (fls. 174/177);
- d) demonstrativo resumido de tributos (fl. 178).

Materialidade. Art. 183 da Lei nº 9.472/97. A materialidade do delito do art. 183 da Lei nº 9.472/97 está suficientemente demonstrada pelos seguintes elementos de convicção:

a) laudo de perícia criminal federal (eletroeletrônicos), que teve como objetos 2 (dois) aparelhos transceptores e concluiu que esses estavam em condições de funcionamento (fls. 243/245v. e 339/350);

b) laudo de perícia criminal federal (eletroeletrônicos), complementar, que concluiu que os aparelhos tem capacidade de causar interferências em outros aparelhos que operem em uma das faixas de frequência e que podem ser utilizados como dispositivos de radiocomunicação (fls. 398/403).

Atividade clandestina de telecomunicações. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Não é aplicável o princípio da insignificância ao crime de atividade clandestina de telecomunicações, pois, independentemente de grave lesão ou dolo, trata-se de crime de perigo, com emissão de sinais no espaço eletromagnético à revelia dos sistemas de segurança estabelecidos pelo Poder Público. O simples funcionamento de aparelho de telecomunicação sem autorização legal, independentemente de ser em baixa ou alta potência, coloca em risco o bem comum e a paz social:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (...) RADIODIFUSÃO CLANDESTINA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

(...) 2. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância ao delito previsto no art. 183 da Lei 9.472/97, pois trata-se de crime formal, de perigo abstrato, o que torna irrelevante a ocorrência de dano concreto causado pela conduta do agente. Incidência do óbice da Súmula 83/STJ. 3. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

(STJ, AgRg no AREsp nº 659.737, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 06.08.15)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA AS TELECOMUNICAÇÕES. ESTAÇÃO DE RÁDIO CLANDESTINA. ART. 183 DA LEI Nº 9.472/1997. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Inaplicável o princípio da insignificância ao delito previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/1997, pois o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação é crime formal, de perigo abstrato, que tem como bem jurídico tutelado a segurança dos meios de comunicação. Incidência da Súmula nº 83 do STJ. 2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp nº 634.699, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 16.06.15)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATIVIDADE CLANDESTINA DE RADIODIFUSÃO. BAIXA POTÊNCIA DO EQUIPAMENTO. IRRELEVÂNCIA. CRIME FORMAL DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA LESIVIDADE DA CONDOTA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ENUNCIADO SUMULAR 83/STJ. I - A prática de serviço de radiodifusão clandestina, mesmo que de baixa potência, como ocorreu *in casu*, constitui um delito formal de perigo abstrato, o que afasta o reconhecimento da atipicidade material da conduta pela aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. (...) Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp nº 655.208, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 02.06.15)

Do caso dos autos. A defesa alega que não se configurou o delito do art. 183 da Lei nº 9.472/97, considerando que não houve a comprovação de que os equipamentos encontrados

no veículo e no caminhão estavam funcionando na data dos fatos. Argumenta também que é aplicável o princípio da insignificância em relação a tal delito.

Entretanto, conforme já mencionado, a materialidade delitiva restou suficientemente comprovada pelo laudo pericial que concluiu que os transceptores estavam em condições de funcionamento, que os aparelhos têm capacidade de causar interferências em outros aparelhos que operem em uma das faixas de frequência e que podem ser utilizados como dispositivos de radiocomunicação.

Não se aplica o princípio da insignificância, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Independentemente de grave lesão ou dolo, trata-se de crime de perigo. O funcionamento dos aparelhos sem autorização coloca em risco o bem comum e a paz social.

Materialidade. Art. 288 do Código Penal. A acusação argumenta que a existência de registros de ações criminosas anteriores e a grande quantidade de cigarros apreendida demonstram a associação criminosa entre os réus e terceiro indivíduo não identificado para a prática de delitos do art. 334-A do Código Penal e do art. 183 da Lei nº 9.472/97.

Entretanto, para concluir que está tipificado o crime de associação criminosa se faz necessário que esteja demonstrado que essa é estável e permanente e os elementos de convicção juntados aos autos são insuficientes para isso.

Não obstante a apreensão do caminhão indique que havia a participação um terceiro indivíduo envolvido na prática delitiva, não há como concluir, sem dúvidas, que a associação entre os três agentes tenha se dado de maneira estável e permanente.

A expressiva quantidade da carga e a existência de registro não são suficientes para demonstrar que associação dos réus e terceiro para a perpetração dos crimes tenha perdurado ou que pretendiam, juntos, os três, perpetrarem outros delitos da mesma espécie daqueles apurados nesses autos.

Portanto, a sentença deve ser mantida na parte em que absolveu os acusados da prática do delito do art. 288 do Código Penal.

Autoria. A autoria delitiva resta comprovada.

As testemunhas de acusação Douglas Fabiano Sita e Renan de Moraes Prado, Policiais Militares, que participaram da abordagem, prisão dos acusados e apreensão dos cigarros, declararam em Juízo que na data dos fatos estavam em patrulhamento de rotina e por volta das 22hs avistaram um caminhão, que fez uma conversão e o veículo Gol, em que estavam os acusados, e que fazia a escolta da carreta, aumentou a velocidade, o que chamara a atenção, razão pela qual foi feita a abordagem. Esclareceram que os réus foram entrevistados separados prestaram informações contraditórias. Afirmaram que o caminhão foi encontrado abandonado um pouco à frente de tal local e faltava o seu “macaco hidráulico”. Ressalvaram que na parte de trás do veículo em que estavam os acusados havia essa ferramenta de caminhão. Não souberam dizer a razão pela qual constou do laudo que tal objeto estava no caminhão. Disseram que dentro do caminhão havia a documentação do próprio veículo, do semirreboque que estava acoplado e de outro semirreboque, que foi localizado estacionado em uma via pública próximo dali. Em razão disso, o réu Carlos confessou que haviam descarregado cigarros no imóvel em frente, onde então se verificou que havia grande quantidade de cigarros paraguaios. Informaram que foi chamada a perícia e o Delegado compareceu ao local. Declararam que foi encontrada a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com o réu Carlos, acrescentando que esse valor teria sido pago para que fizessem a escolta do caminhão, sendo que o corréu Carlos receberia R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais). Narraram que foi dada voz de prisão aos réus, os quais não

foram algemados, que foi ratificada pelo Delegado da Polícia Federal. Confirmaram as declarações prestadas em sede policial. Acrescentaram que quando os veículos foram levados para a Polícia Federal em Araraquara, averiguou-se que havia aparelhos comunicadores em ambos, na escolta e no caminhão. Disseram esses equipamentos foram examinados pela Polícia Federal. Benedito guiara o caminhão até a sede da Polícia Federal. Declararam que permaneceram por horas carregando o caminhão para ser levado até Araraquara. Não foi encontrado documento no imóvel que tivesse ligação com o acusado. Não conheciam os réus. Não participaram de investigações que envolviam os acusados (fls. 441/442 e mídia à fl. 445).

A testemunha de defesa Tiago Henrique Bosco, em sede judicial, afirmou que conhecia os réus, nada sabendo que desabonasse sua conduta (fl. 425 e mídia à fl. 430).

Ouvido como testemunha de defesa, em Juízo, Vlademir da Cunha Leao disse que conhecia a família do acusado Carlos e desconhecia qualquer fato que desabonasse a conduta do acusado (fl. 426 e mídia à fl. 430).

Carlos Roberto Cantorani, ouvido como testemunha de defesa, declarou em Juízo que conhecia apenas o acusado Benedito, tendo consertado um “macaco hidráulico” de caminhão que pertenceria ao pai do réu, entregando-o de volta ao acusado na data dos fatos. Não soube prestar maiores informações quanto às atividades do réu e nada conhecia que desabonasse a sua conduta. Disse ter conhecimento de que o acusado dirigia o caminhão de seu pai (fl. 427 e mídia à fl. 430).

A testemunha de defesa Antonio Vanderlei Sgarbi declarou em Juízo que conhecia apenas o acusado Benedito. Afirmou que não tinha conhecimento de maiores detalhes dos fatos e que desconhecia qualquer fato que desabonasse a conduta do réu (fl. 428 e mídia à fl. 430).

Em Juízo, Deyse Aparecida Moraes informou que era irmã do acusado Benedito. Explicou que tivera conhecimento da prisão de seu irmão na cidade de São Carlos e comparecera no local em que estava a mercadoria apreendida, onde o acusado estava carregando os cigarros em uma carreta. Fora informada que o réu seria levado até a Polícia Federal. Disse que seu irmão negara que a carga lhe pertencia. Afirmou que seu irmão dirigira a carreta até a sede da Polícia Federal de Araraquara, escoltada por policiais. Explicou que os réus tinha amizade próxima. Declarou que o réu Benedito, seu irmão, tinha uma loja de som e o corréu Carlos trabalhava em um sítio com o pai. Informou que os acusados estavam com um automóvel Gol. Acrescentou que os policiais questionavam de quem era o imóvel em que estava a mercadoria, dizendo que se isso estivesse esclarecido, seu irmão seria liberado. Afirmou que os policiais trataram os réus com bastante severidade, obrigando-os a carregar a carreta com toda a carga apreendida. Declarou que o “macaco hidráulico” encontrado no veículo em que estavam os réus era de uma carreta que pertencia a seu pai. Afirmou que o réu Benedito lhe disse que o corréu Carlos e ele estavam conversando dentro do veículo em frente a um condomínio quando houve a abordagem policial (fl. 429, mídia à fl. 430).

O réu Carlos Alberto do Valle, em Juízo, declarou que não eram verdadeiros os fatos. Afirmou que o acusado Benedito e ele foram para cidade de São Carlos para que o corréu negociasse uma motocicleta com seu primo, razão pela qual estavam com a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Explicou que o dinheiro pertencia a Benedito e consigo trazia dele apenas o valor de R\$ 57,00 (cinquenta e sete reais). Asseverou que após a abordagem foram ameaçados de morte pelos policiais militares. Narrou que a informação de que havia sido encontrado um caminhão foi transmitida aos policiais via rádio, razão pela qual se deslocaram até onde estava o veículo. Explicou que os policiais passaram a dizer que ele havia assumido a prática delitiva, confessando o envolvimento com o crime de contrabando. Negou a autoria. Disse que a abor-

dagem foi feita quando já estavam indo embora. Declarou que havia um “macaco hidráulico” de caminhão dentro do veículo em que eles estavam, o qual havia sido retirado do conserto por Benedito e que pertencia ao pai desse réu. Afirmou que os policiais que os abordaram os acusaram de serem criminosos, em razão do valor que portavam. Negou conhecer o imóvel em que os cigarros foram encontrados. Narrou que foram abordados por uma viatura e posteriormente chegaram mais 2 (duas) viaturas. Negou ter ciência da existência de rádios transceptores, os quais não sabia dizer se pertenciam a Benedito. Não recordou de ter visto o corréu Benedito com aparelho de telefone celular. Negou ter confessado a prática delitiva. Disse que não foram algemados. Afirmou que Benedito foi obrigado a manobrar o caminhão e junto com ele carregaram, sozinhos, as caixas de cigarro no veículo. Declarou que não sobraram caixas no imóvel. Reafirmou ter sido ameaçado pela autoridade policial. (mídia à fl. 445).

O acusado Benedito Laercio de Moraes declarou em Juízo que já havia sido processado por descaminho, processo em fase de recurso. Declarou que os fatos não eram verdadeiros. Disse que foi até a cidade de São Carlos com o corréu Carlos para negociar uma motocicleta, razão pela qual foram encontrados R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) com eles. Asseverou que foram abordados por policiais que nada encontraram com eles, apenas o “macaco hidráulico” de um caminhão. Acrescentou que os policiais se referiam a eles como criminosos, os ameaçando de morte. Disse que depois de serem abordados tiveram que aguardar e depois vieram mais viaturas. Após, foram levados para o local em que estava um caminhão e um semirreboque que estavam abandonados. Narrou que foi encontrado mais um semirreboque estacionado em frente a um imóvel, onde estavam os cigarros. Asseverou que foi obrigado pelos policiais a manobrar o caminhão e junto com o acusado Carlos tiveram que carregar os cigarros para levar para Araraquara. Não soube dizer o endereço do primo de Carlos que venderia a motocicleta, com o qual apenas não fechou negócio por não haver acordo com a forma de pagamento. Negou a autoria delitiva e ter relação com a carga. Afirmou que o “macaco hidráulico” encontrado no automóvel pertencia ao caminhão de seu pai. Explicou que havia apanhado a ferramenta no conserto. Acrescentou que a mercadoria não coube toda dentro do caminhão, tendo sido levada também no seu veículo e em viaturas. Disse que desconhecia a existência de aparelho transceptor em seu automóvel o qual havia adquirido há 6 (seis) dias. Asseverou que o equipamento estava oculto no painel do carro. Disse que comprara o veículo do proprietário do bem, cujo nome constava do documento. Explicou que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) encontrado com Carlos lhe pertencia. Afirmou que tinha a quantia de R\$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais) e Carlos tinha R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), e os policiais lhe disseram que comprariam lanches com seu dinheiro, tendo sido depois apresentada a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Não soube dizer se Carlos tinha algum comprovante. Negou que o comprovante de depósito de fl. 21, no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) lhe pertencesse, desconhecendo tal documento. Disse que um advogado estivera onde ele estava preso e lhe propôs que assumisse que a mercadoria lhe pertencia para que o proprietário do imóvel onde os cigarros foram encontrados não fosse prejudicado. Declarou que foi processado anteriormente no Paraná por descaminho de mercadorias diversas, já havendo condenação, em fase de recurso; e, havia um inquérito em Araraquara pelo mesmo crime, descaminho de cigarros. Disse que estava sendo investigado em Assis, mas ainda não havia sido chamado para prestar depoimento. Afirmou que foi obrigado a dirigir o caminhão até Araraquara. Informou que não foram encontrados documentos no imóvel em que foi feita a apreensão (mídia à fl. 445).

A versão apresentada pelos réus não encontra respaldo nas provas dos autos.

Os réus declararam em Juízo que estiveram em São Carlos para que uma motocicleta fos-

se negociada por Benedito com o primo de Carlos, no entanto, tal fato não restou demonstrado. A defesa juntou declaração de Wemblei Henrique do Valle (primo do corréu Carlos) às fls. 446/448 sem que houvesse qualquer outro elemento a confirmar seu conteúdo. Não foi trazido o documento do veículo e nem foram indicadas características que pudessem individualizar o bem e permitisse concluir pela sua existência. Note-se que o primo de Carlos não foi nem arrolado como testemunha pela defesa. Assim, não se sustenta a versão dos fatos apresentada pelos acusados.

Cumpra destacar a análise feita em sentença dos locais em que ocorreram os fatos, a contrariar a versão dos acusados:

Outro ponto que merece destaque é que em seus interrogatórios os acusados disseram que quando foram abordados já estavam indo embora para Itápolis/SP, depois de terem saído da casa do primo de Carlos, porém a alegação também não é crível.

Veja que o endereço residencial de Wemblei (fls. 447), de onde eles disseram ter saído antes de serem abordados, situa-se no Jardim Monique e a abordagem dos réus se deu no Jardim São Paulo, e, em consulta à rede mundial de computadores, através do Google Maps, verifica-se que o endereço do primo do réu situa-se ao lado esquerdo da rodovia Washington Luís, considerando sentido interior-capital, próximo à saída 231-B, enquanto que o segundo, do lado direito da rodovia mencionada, considerando o mesmo sentido, e a saída/entrada mais próxima da cidade é a 228, cujo acesso se dá pela Av. Getúlio Vargas. Assim, se os acusados estavam voltando para Itápolis/SP não há a menor lógica de estarem no local onde foram abordados, pois considerando as duas saídas da rodovia mencionadas, se tivessem saído da casa do primo de Carlos com destino a Itápolis, não tinham motivos para se dirigir ao sentido da capital, que é o sentido em que fica a mencionada saída 228, ou adentrar novamente na cidade (fl. 485v.)

Resta demonstrado que os acusados não tinham autorização do órgão competente para utilização dos radiocomunicadores encontrados no caminhão e no automóvel Gol pertencente a Benedito e estavam em condições de utilização na data dos fatos.

A existência dos rádios nos veículos constitui indicativo de que os equipamentos se destinavam à comunicação entre esses, de maneira a permitir concluir que o automóvel Gol era utilizado pelos réus como “batedor” do caminhão para a perpetração do crime de contrabando de cigarros.

Portanto, a autoria delitiva em relação aos delitos do art. 334-A do Código Penal e do art. 183 da Lei nº 9.472/97 resta suficientemente demonstrada, razão pela qual a condenação dos acusados deve ser mantida.

Dosimetria. Carlos Alberto do Valle.

Contrabando. Com fundamento no art. 59 do Código Penal, o Juízo *a quo* fixou a pena-base 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Ausentes circunstâncias atenuantes. Presente a agravante do art. 62, IV, do Código Penal, a pena foi majorada 1/6 (um sexto), perfazendo 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

A defesa apela em relação à dosimetria da pena aduzindo que as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis aos acusados, de maneira que não se justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal e que não incide o art. 62, IV, do Código Penal, afastando-se a exasperação de 1/6 (um sexto) da pena.

Razão lhe assiste, em parte.

A expressiva quantidade de cigarros apreendida (545.130 (quinhentos e quarenta e cinco

mil, cento e trinta) cigarros de origem paraguaia), seu elevado valor, bem como o tributo suprimido, e que considero a título de consequências do delito, justificam a fixação da pena-base estabelecida nos moldes da sentença, a qual se mantém em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

A 5ª Turma deste Tribunal não tem admitido a incidência da agravante do art. 62, IV, do Código Penal em casos de prática de contrabando mediante paga ou promessa de recompensa:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 334, §1º, ALÍNEA “B”, DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. (...) INAPLICÁVEL A AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 62, IV, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A materialidade, a autoria e o dolo restaram comprovados nos autos pelo Auto de Prisão em Flagrante, pelo Auto de Apresentação e Apreensão e pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, bem como pelos depoimentos testemunhais e oitivas do apelante, tanto em sede policial quanto em Juízo. 2. Pena-base reformada. 3. Inaplicável a agravante prevista no art. 62, IV, do código penal, relativa à prática do delito em virtude de pagamento ou promessa de recompensa, pois a obtenção de lucro ou vantagem já se encontra implícita no tipo penal referente ao contrabando, de sorte que sua aplicação implicaria em *bis in idem*. (...) 5. Recurso parcialmente provido

(TRF da 3ª Região, ACr nº 00002684120144036112, Rel. Des. Paulo Fontes, j. 05.10.15)

APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO. CIGARROS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DOSIMETRIA DA PENA. SÚMULA 444 DO STJ. AGRAVANTE ARTIGO 62, IV, DO CÓDIGO PENAL. *BIS IN IDEM*. EXCLUSÃO. (...) RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Contrabando. Grande quantidade de cigarros paraguaios apreendidos em 5 caminhões. Comboio. Circunstâncias da prisão em flagrante e apreensão dos cigarros contrabandeados. Prova oral. (...) 4. Dosimetria da pena. (...) 7. Prática do delito em virtude de pagamento ou promessa de recompensa. Obtenção de lucro ou vantagem já se encontra implícita no tipo penal referente ao contrabando. *Bis in idem*. Agravante do artigo 62, IV, do Código Penal inaplicável. (...) 13. Recursos parcialmente providos.

(TRF da 3ª Região, ACr nº 00018562020134036112, Rel. Des. Paulo Fontes, j. 28.03.16)

PENAL. (...) CONTRABANDO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONFISSÃO. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA. (...). 1. Inquéritos e ações penais em curso não configuram maus antecedentes nem personalidade voltada para a prática de crime, razão pela qual não ensejam o agravamento da pena-base. 2. A atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são circunstâncias igualmente preponderantes e se compensam. 3. A paga e a promessa de recompensa são ínsitas ao crime de contrabando. Não incidência da agravante do artigo 62, inciso IV, do Código Penal. (...) 7. Recurso da acusação desprovido. Apelação da defesa parcialmente provido.

(TRF da 3ª Região, ACr nº 0008179-75.2012.4.03.6112, Rel. Des. Maurício Kato, j. 09.05.16)

Portanto, afastada a incidência da agravante do art. 62, IV, do Código Penal, resta a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pelo delito do art. 334-A do Código Penal, a qual torno definitiva.

Atividade clandestina de telecomunicações. Consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a pena-base foi fixada na sentença em 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Ausentes atenuantes ou agravantes, bem como causas de diminuição e de aumento, a

pena foi tornada definitiva em 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa.

A defesa não se insurge contra a dosimetria referente ao delito de atividade clandestina de telecomunicações, a qual não merece reparo.

Art. 69 do Código Penal. Considerado o concurso material, as penas foram aplicadas cumulativamente.

Assim, a pena total é de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Foi fixado o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto.

A defesa alega que o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o aberto.

Contudo, considerada a pena fixada ao acusado, o regime inicial de cumprimento de pena é o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Não houve a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, uma vez que não estavam preenchidos os requisitos legais.

Dosimetria. Benedito Laercio de Moraes.

Contrabando. Com fundamento no art. 59 do Código Penal, o Juízo *a quo* fixou a pena-base 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em razão da quantidade de cigarros contrabandeados.

Embora haja anotações em sua folha de antecedentes, tendo em vista que não há registro de decisões transitadas em julgado, tal fato não foi considerado para fixar a pena-base.

Ausentes circunstâncias atenuantes.

A pena não foi elevada em razão da agravante do art. 62, I, do Código Penal, pois o magistrado *a quo* entendeu que não havia prova suficiente para que essa fosse reconhecida, considerando que, não obstante a existisse indicativo de envolvimento anterior do réu com crimes da mesma espécie, não haveria prova que permitisse concluir que ele tenha promovido, ou organizado a cooperação no crime, ou que dirija a atividade criminal.

Em razão da agravante do art. 62, IV, do Código Penal, a pena foi majorada 1/6 (um sexto), perfazendo 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

A acusação apela aduzindo que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao acusado Benedito Laercio de Moraes, justificando-se a elevação de sua pena.

No entanto, o acusado é tecnicamente primário (fls. 3/4, 7, 10, 13, 15/16, 19/23, 27/29, 36/38, 39/46, 47/51, do apenso). Não há informação sobre condenação com trânsito em julgado em relação aos registros criminais diversos em nome do acusado, o que obsta o agravamento da pena-base, a teor da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

A defesa apela em relação à dosimetria da pena aduzindo que as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis aos acusados, de maneira que não se justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal e que não incide o art. 62, IV, do Código Penal, afastando-se a exasperação de 1/6 (um sexto) da pena.

Assiste-lhe parcial razão.

A expressiva quantidade de cigarros apreendida (545.130 (quinhentos e quarenta e cinco mil, cento e trinta) cigarros de origem paraguaia), seu elevado valor, bem como o tributo suprimido, e que considero a título de consequências do delito, justificam a fixação da pena-base estabelecida nos moldes da sentença, a qual se mantém em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Conforme já mencionado, a 5ª Turma deste Tribunal não tem admitido a incidência da

agravante do art. 62, IV, do Código Penal em casos de prática de contrabando mediante paga ou promessa de recompensa (TRF da 3ª Região, ACr nº 00002684120144036112, Rel. Des. Paulo Fontes, j. 05.10.15, TRF da 3ª Região, ACr nº 00018562020134036112, Rel. Des. Paulo Fontes, j. 28.03.16, TRF da 3ª Região, ACr nº 0008179-75.2012.4.03.6112, Rel. Des. Maurício Kato, j. 09.05.16).

Portanto, afastada a incidência da agravante do art. 62, IV, do Código Penal, resta a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pelo delito do art. 334-A do Código Penal, a qual torno definitiva.

Atividade clandestina de telecomunicações. Consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a pena-base foi fixada na sentença em 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Ausentes atenuantes ou agravantes, bem como causas de diminuição e de aumento, a pena foi tornada definitiva em 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A defesa não se insurge contra a dosimetria referente ao delito de atividade clandestina de telecomunicações, a qual não merece reparo.

Art. 69 do Código Penal. Considerado o concurso material, as penas são aplicadas cumulativamente.

Assim, a pena do réu é de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Foi fixado o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto.

A defesa alega que o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o aberto.

Contudo, considerada a pena fixada ao acusado, o regime inicial de cumprimento de pena é o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Não houve a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, uma vez que não estavam preenchidos os requisitos legais.

Mantidos, assim, os demais termos da sentença.

Restituição das coisas apreendidas. Interesse ao processo. CPP, art. 118. Indeferimento. A restituição das coisas apreendidas somente pode ocorrer quando não mais interessarem ao processo, conforme preceitua o art. 118 do Código de Processo Penal:

Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS. INTERESSE AO PROCESSO (CPP, ART. 118).

1. O requerente não instruiu os autos com documentos que comprovem ser ele o legítimo proprietário ou possuidor do veículo.

2. A restituição das coisas apreendidas somente pode ocorrer quando não mais interessarem ao processo, conforme preceitua o art. 118 do Código de Processo Penal.

3. Apelação desprovida.

(TRF da 3ª Região, ACr nº 2009.61.19.011445-2, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 27.09.10)

APELAÇÃO CRIMINAL - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS (...).

1. O artigo 6º do Código de Processo Penal autoriza a Autoridade Policial proceder diligência, quando tiver conhecimento da prática de infração penal, sendo que o inciso II expressamente lhe confere a prerrogativa de apreender os instrumentos e todos os objetos que se relacionarem com os fatos.

(...)

6. Incorreta a decisão do juízo monocrático que determinou a devolução do material, pois a restituição de coisas apreendidas somente pode ocorrer quando não mais interessarem ao processo penal e, na hipótese, de certeza acerca da propriedade dos bens.

(...)

8. Apelação provida.

(TRF da 3ª Região, ACr nº 199903990873127-SP, Rel. Juiz. Fed. Fausto de Sanctis, j. 20.02.01)

PENAL - RESTITUIÇÃO DE MERCADORIAS APREENDIDAS - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 118 CPP - RECURSO PROVIDO.

1. Não se pode deferir a restituição de mercadorias apreendidas, antes do trânsito em julgado da decisão, na ação penal, até porque se constituem no próprio corpo de delito e interessam ao processo.

2. Aplicação do artigo 118 do CPP. Precedentes deste Egrégio Tribunal.

3. Recurso provido.

(TRF da 3ª Região, ACr nº 2000.61.81.001556-1-SP, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 01.09.03)

Do caso dos autos. A acusação requer que seja decretada a pena de perdimento dos veículos apreendidos ou deve ser impedida a sua liberação em razão da investigação penal pela Polícia Federal, ainda em curso.

Com efeito, considerando que ainda estão sendo apurados fatos para a identificação de outros participantes da prática delitiva não é cabível a sua restituição.

Conforme observado pelo Ilustre Procurador Regional da República, não há nenhum pedido de restituição dos bens, nem a comprovação do direito de propriedade por terceiro:

VIII. Do perdimento dos veículos apreendidos

56. Em derradeiro, requer a acusação a decretação do perdimento, em favor da União, dos veículos apreendidos nos autos, com fundamento no artigo 104, V, do Decreto-Lei nº 37/66, ou ao menos que os referidos bens não sejam liberados ainda, em razão da existência de investigação penal em curso.

57. Com efeito, a responsabilidade criminal de BENEDITO LAERCIO DE MORAES, que admitiu a posse do veículo Gol, foi devidamente comprovada.

58. Além disso, não há nenhum pedido de restituição de qualquer dos veículos, tampouco comprovação do direito de propriedade por terceiro de boa-fé.

59. Cumpre ainda salientar que os fatos narrados na presente ação penal estão ainda em apuração que visa a identificação de outros indivíduos envolvidos, inclusive dos proprietários do caminhão e reboque apreendidos.

60. Portanto, prematura a decisão de restituição dos veículos apreendidos a seus proprietários, devendo ser reformada a sentença neste ponto (fl. 745/745v.).

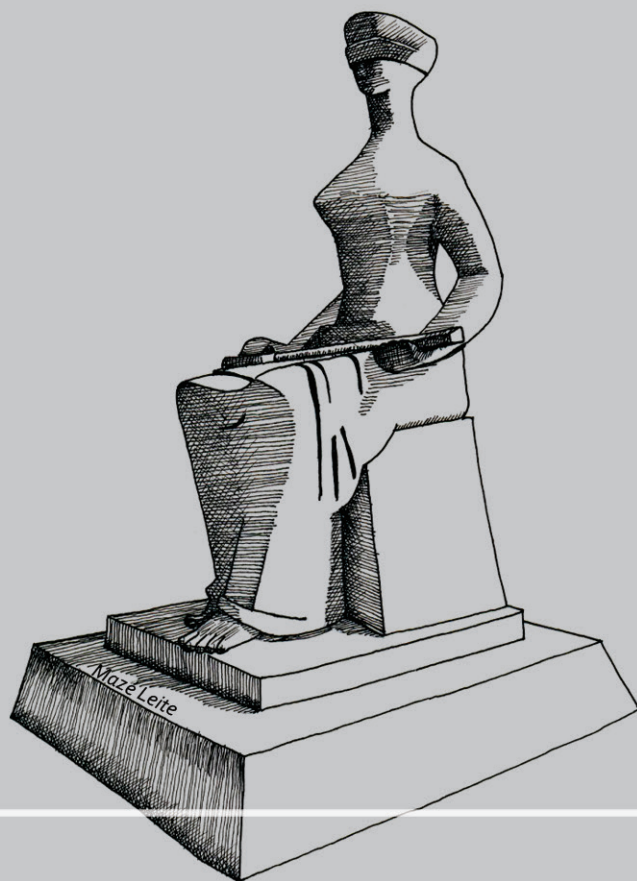
Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação da defesa para reduzir a pena do delito de descaminho, em decorrência da não incidência da circunstância agravante do art. 62, IV, do Código Penal, fixando as penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa, para cada réu, pela prática dos crimes de contrabando

e atividade clandestina de telecomunicações, na forma do art. 69 do Código Penal, mantida e *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação da acusação para manter a apreensão dos bens enquanto perdurar a investigação criminal.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Previdenciário



EMBARGOS INFRINGENTES

0003241-15.2004.4.03.6113

(2004.61.13.003241-0)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: FRANCISCO FERNANDES DE LIMA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE FRANCA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Classe do Processo: EI 1141206

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES EM AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPLANTAÇÃO ADMINISTRATIVA DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO POSTERIOR À CONCESSÃO JUDICIAL DA APOSENTADORIA. DIREITO AO RECEBIMENTO DOS ATRASADOS DA CONDENAÇÃO. PREVALÊNCIA DO VOTO MAJORITÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES IMPROVIDOS.

1. Em se tratando de recurso interposto sob a égide do Código de Processo Civil anterior, aplicável o regime jurídico processual de regência da matéria em vigor à época da sua propositura, em hipótese de ultratividade consentânea com o postulado do ato jurídico processual perfeito inscrito no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal e com o artigo 14 do Novo Código de Processo Civil.
2. O artigo 530 do Código de Processo Civil/73 limita a cognição admitida nos embargos infringentes à matéria objeto do dissenso verificado no julgamento da apelação que reformou integralmente a sentença de mérito, sob pena de subversão aos princípios do Juiz natural e do devido processo legal, além de indevida subtração da competência recursal das Turmas no julgamento dos recursos de apelação. Precedentes no C. STJ.
3. A opção pela aposentadoria mais vantajosa, implantada administrativamente, não obsta a execução para o recebimento de diferenças devidas em razão do benefício concedido na via judicial, em respeito ao direito adquirido e à coisa julgada, e por inexistir, neste caso, a concomitância rejeitada pelo ordenamento jurídico.
4. A parte embargada faz jus às parcelas em atraso decorrentes da concessão da aposentadoria por tempo de serviço, no período entre o termo inicial desta e o dia imediatamente anterior à data da implantação do benefício mais vantajoso na via administrativa.
5. Embargos infringentes improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra o V. Acórdão não unânime que negou provimento ao agravo legal e manteve a decisão terminativa proferida pelo Exmo. Desembargador Federal Nelson Bernardes com base no art. 557 do CPC/73, que negou seguimento à apelação do INSS e deu provimento à apelação da parte exequente, reformando a sentença prolatada nos embargos à execução, julgando improcedente o pedido lá formulado.

O voto condutor proferido no julgamento do agravo legal manteve a decisão terminativa que negou seguimento à apelação do INSS e deu provimento à apelação do exequente para reformar a sentença, reconhecendo a possibilidade do exequente optar pelo benefício mais vantajoso, e caso opte pela aposentadoria por idade concedida administrativamente em 30.04.94, poderá promover a execução das parcelas atrasadas decorrentes do benefício preterido, no interregno entre o termo inicial do benefício concedido na via judicial até a implantação daquele obtida administrativamente. Em seguida, reconheceu como corretos os cálculos apresentados pela contadoria judicial de fls. 41/44, por sua consonância com o título sob execução.

O voto dissidente constante de fls. 127/128 acolheu o agravo legal para dar provimento à apelação do INSS e julgar parcialmente procedentes os embargos à execução, entendendo que a opção pelo benefício concedido no âmbito administrativo (mais vantajoso) impede a execução dos valores decorrentes do deferimento judicial de outro benefício, por implicar, na prática, em acumulação de benefícios previdenciários, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo, na prática, a tese da desaposentação.

Nas razões dos infringentes, o INSS pretende ver prevalecer o entendimento proferido no douto voto dissidente, no sentido da impossibilidade de executar valores em atraso relativos a benefício expressamente renunciado, sob pena de admitir-se a desaposentação indireta, impondo-se reconhecer que a opção pelo benefício concedido na via administrativa implica a renúncia à percepção de diferenças oriundas da concessão do benefício na via judicial.

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 34 do Regimento Interno, com a redação da Emenda Regimental nº 15/16.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Em se tratando de recurso interposto sob a égide do Código de Processo Civil anterior, entendo aplicável o regime jurídico processual de regência da matéria em vigor à época da sua propositura, em hipótese de ultratividade consentânea com o postulado do ato jurídico processual perfeito inscrito no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal e com o artigo 14 do Código de Processo Civil.

Os embargos infringentes não merecem provimento.

O artigo 530 do Código de Processo Civil/73 limita a cognição admitida nos embargos infringentes à matéria objeto do dissenso verificado no julgamento da apelação que reformou

integralmente a sentença de mérito, sob pena de subversão ao princípio do Juiz natural e do devido processo legal e indevida subtração da competência recursal das Turmas no julgamento dos recursos de apelação, consoante a interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, estampada nos arestos seguintes:

EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 195, § 7º, DA CF/88. VOTO VENCIDO PELA IMPROCEDÊNCIA DA APELAÇÃO. FUNDAMENTOS. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA PELO EMBARGANTE OU PELOS JULGADORES.

I - Esta Corte Superior já deixou assentado em diversas oportunidades que, em se tratando de embargos infringentes, os limites de sua devolução são aferidos a partir da diferença havida entre a conclusão dos votos vencedores e do vencido no julgamento da apelação ou da ação rescisória, não ficando o Órgão Julgador adstrito às razões expostas no voto vencido, nem o recorrente obrigado a repetir tal fundamentação. Precedentes: REsp nº 858.906/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 08.11.2006; REsp nº 709743/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ de 06.03.2006; REsp nº 361.688/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 18/03/2002; e REsp nº 148.652/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 28/05/2001.

II - Agravo regimental improvido.

(STJ - Primeira Turma, AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial - 922542, Processo: 200700238498 UF: RS, Relator(a) Francisco Falcão, Data da decisão: 05/06/2007, DJ DATA:21/06/2007, pg:303),

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO-CONHECIDOS. RAZÕES QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES DA DIVERGÊNCIA. CONHECIMENTO PARCIAL. ACÓRDÃO CASSADO.

1. Havendo contradição supostamente ocorrida no julgamento dos embargos de declaração, deve o recorrente opor novos embargos de declaração para a supressão do vício. Precedentes.

2. O que traça os limites cognitivos dos embargos infringentes, nos termos do art. 530 do CPC, é a divergência estabelecida pelo voto vencido. Por isso que as razões dos embargos devem-se limitar à divergência, visando a prevalência desta.

3. Porém, o fato de as razões do recurso ultrapassarem a divergência, por si só, não enseja o seu não-conhecimento, senão na parte que extravasa a conclusão do voto vencido. Ou seja, em caso de desrespeito aos limites do voto dissidente, os embargos infringentes devem ser conhecidos parcialmente, para que se proceda ao julgamento da parte que se harmoniza com a divergência.

4. Recursos especiais conhecidos em parte e, na extensão, providos.

RESP 200302269028, RESP - RECURSO ESPECIAL - 615201 LUIS FELIPE SALOMÃO QUARTA TURMA DJE DATA:19/04/2010

A divergência verificada no V.Acórdão embargado ficou limitada à questão relativa aos efeitos financeiros decorrentes da futura opção pelo benefício mais vantajoso a ser feita pelo exequente/embargado.

O título judicial sob execução condenou o INSS a conceder à parte embargada a aposentadoria por tempo de serviço, a partir de 11 de março de 1991 - data do ajuizamento da demanda, constatando-se, posteriormente, a existência de benefício de aposentadoria por idade já concedido na via administrativa ao exequente, com termo inicial em 30 de abril de 1994.

Com efeito, o artigo 124, incisos I e II, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.032/95, não permite o recebimento conjunto de mais de uma aposentadoria.

Todavia, a opção pela aposentadoria mais vantajosa, implantada administrativamente, não obsta o prosseguimento da execução para o recebimento de diferenças devidas em razão

do benefício concedido na via judicial, em respeito ao direito adquirido e à coisa julgada, e por inexistir, neste caso, a concomitância rejeitada pelo ordenamento jurídico.

Saliente-se, ainda, ter se pacificado a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível (REsp 1334488/SC, submetido ao regime do art. 543-C do CPC) e, portanto, renunciável, podendo assim ser substituída por outra.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. OPÇÃO POR BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES DO BENEFÍCIO PRETERIDO. DESNECESSIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ. MATÉRIA ANALÓGICA. DESAPOSENTAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADA ESPECIFICAMENTE. SÚMULA 182/STJ.

1. Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que, no objeto recursal fixado, negou seguimento ao Recurso Especial por aplicar entendimento consolidado do STJ em hipótese análoga concernente à possibilidade de renúncia à aposentadoria sem necessidade de devolução dos valores recebidos do benefício.

2. Não se conhece de Agravo Regimental que deixa de impugnar especificamente a fundamentação do decisum atacado (item 1 supracitado). Incidência da Súmula 182/STJ.

3. Agravo Regimental não conhecido.

(STJ, AgRg no REsp 1373390/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24/06/2013)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. VIABILIDADE DE COBRANÇA DAS PARCELAS ATRASADAS. APRECIACÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM ÂMBITO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que tal renúncia não implica a devolução dos valores percebidos.

2. Nessa linha, sendo possível a opção e desnecessária a devolução, resta legítimo, por extensão, o direito à execução dos valores entre a data de entrada do pedido de aposentadoria, cujo direito foi reconhecido judicialmente, e a data de início do segundo benefício, mais vantajoso, concedido na via administrativa.

3. A via especial, destinada à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento.

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp 1162432/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 15/02/2013)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Não procede a insurgência da parte agravante.

II - Em consulta ao sistema CNIS da Previdência Social, verifica-se que o autor é beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição, concedida administrativamente, em 07.04.2009. Com o deferimento da aposentadoria proporcional, o requerente poderá optar pelo benefício mais vantajoso, ante o impedimento de cumulação.

III - Além do que, a E. Terceira Seção desta C. Corte manifestou-se no sentido de que não há vedação legal para o recebimento do benefício concedido no âmbito judicial anteriormente ao período no qual houve a implantação de aposentadoria na esfera administrativa, sendo vedado tão-somente o recebimento conjunto.

IV - A decisão monocrática com fundamento no art. 557, caput e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário à jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

V - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

VI - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

VII - Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, AC 1352061/SP, Proc. nº 0001440-82.2003.4.03.6183, Oitava Turma, Re. Des. Fed. Tânia Marangoni, e-DJF3 Judicial 1 06/06/2014)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. EXECUÇÃO DAS PARCELAS VENCIDAS ATÉ A DATA DA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO NA VIA ADMINISTRATIVA. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TERMO FINAL.

I - Ainda que o exequente tenha feito a opção pelo benefício concedido na esfera administrativa, por ser mais vantajoso, não há impedimento para a execução das parcelas vencidas entre o termo inicial do benefício fixado pela decisão exequenda e data imediatamente anterior à concessão administrativa do benefício, considerando que em tal período não se verifica o recebimento conjunto dos dois benefícios, vedado pelo art. 124, inciso II, da Lei n. 8.213/91.

II - Considerando que o termo final das prestações vencidas é anterior à data da sentença, no que em comento, a base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde ao valor da própria execução.

III - Apelação da parte exequente parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, AC 1850732, Proc. nº 0010924-70.2013.4.03.9999, Décima Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, e-DJF 3 Judicial 1: 18/09/2013)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. APOSENTADORIA POR IDADE CONCEDIDA ADMINISTRATIVAMENTE. OPÇÃO PELO benefício mais vantajoso. RECEBIMENTO DE PARCELAS EM ATRASO.

1 - Caso o segurado tenha optado pelo recebimento de benefício deferido na esfera administrativa, com data de início (DIB) posterior àquele concedido judicialmente, o que ocorre no presente caso, nada impede que promova a execução das parcelas atrasadas decorrentes do benefício preterido em período diverso, ou seja, desde a data em que devidas até a implantação do mais vantajoso, o que não implica fracionamento do título executivo ou cumulação irregular, porque inexistente a percepção simultânea de prestações. Precedentes.

2 - Agravo legal da autora provido.

(TRF 3ª Região, AI 490034, Proc. nº 031510-89.2012.4.03.0000, Nona Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Rodrigo Zacharias, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Nelson Bernardes, e-DJF 3 Judicial 1: 11/06/2013)

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. DIREITO AO RECEBIMENTO DAS PARCELAS EM ATRASO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO JUDICIALMENTE.

1. O recebimento de valores atrasado, referentes ao benefício concedido judicialmente até o dia anterior à implantação do benefício mais vantajoso, obtido na via administrativa, não consiste em cumulação de aposentadorias, o que é vedado pelo art. 124, II, da Lei 8.213/91. Trata-se, na verdade, de sucessão de benefícios.

2. Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, AI 477760, Proc. nº 0017218-02.2012.4.03.0000, Sétima Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Douglas Gonzáles, e-DJF3 Judicial 1: 01/03/2013)

Deste modo, a parte embargada faz jus às parcelas em atraso decorrentes da concessão da aposentadoria por tempo de serviço, no período entre o termo inicial desta e o dia imediatamente anterior à data da implantação da aposentadoria mais vantajosa na via administrativa.

Logo, merece prevalecer o voto majoritário proferido no julgamento do agravo legal, no sentido de dar provimento à apelação do exequente para determinar o prosseguimento da execução dos atrasados oriundos da condenação amparada no título executivo, no período entre o termo inicial da aposentadoria concedida na via judicial e o dia imediatamente anterior à data da implantação do benefício mais vantajoso na via administrativa.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* aos embargos infringentes.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS: Trata-se de embargos infringentes apresentados pelo INSS em face do v. acórdão da E. Nona Turma que, por maioria, negou provimento ao agravo legal e manteve a decisão terminativa, a qual negou seguimento à apelação do INSS e deu provimento à apelação da parte exequente.

A divergência verificada no v. acórdão embargado ficou limitada à questão relativa aos efeitos financeiros decorrentes da opção pelo benefício mais vantajoso a ser feita pelo exequente.

O DD. Desembargador Federal relator, Paulo Domingues, votou no sentido de negar provimento aos embargos infringentes, mantendo o voto majoritário que determinou o prosseguimento da execução dos atrasados oriundos da condenação amparada no título executivo, no período entre o termo inicial da aposentadoria concedida na via judicial e o dia imediatamente anterior à data da implantação do benefício mais vantajoso na via administrativa.

Ouso, porém, com a máxima vênica, apresentar divergência pelas razões que passo a expor.

A lei previdenciária veda o recebimento simultâneo de mais de uma aposentadoria, conforme o disposto no artigo 124 da Lei n. 8.213/91. O segurado deve, necessariamente, optar por um dos dois benefícios concedidos, sujeitando-se a todos os efeitos de sua opção.

No caso, pretende a parte autora executar apenas parte do título judicial, relativa às prestações atrasadas do benefício, no período compreendido entre a data de início do benefício reconhecido judicialmente até a véspera da concessão do benefício administrativo durante o curso do processo, quando então passaria a ficar com o administrativo, mais vantajoso.

Em outras palavras, tenciona a criação de um terceiro benefício, um híbrido daquilo que lhe favorece nas vias administrativa e judicial, o que é inviável.

A opção pelo benefício concedido no âmbito administrativo impede a execução dos valores decorrentes do deferimento judicial de outro benefício, *inacumulável*. Do contrário, estar-se-ia admitindo, na prática, a tese da desaposentação.

Assim, a opção pelo benefício administrativo em detrimento do judicial implica a extinção da execução das prestações vencidas do benefício concedido judicialmente, uma vez que não pode a parte *executar parcialmente* o título, para retirar do benefício o que mais bem lhe convenha.

Nesse sentido, transcrevo os seguintes julgados (g. n.):

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. SUPERVENIENTE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DO BENEFÍCIO. RENÚNCIA DE PARTE DOS DIREITOS RECONHECIDOS NO TÍTULO EXECUTIVO. RECEBIMENTO APENAS DOS VALORES EM ATRASO. IMPOSSIBILIDADE DE FRACIONAMENTO DO TÍTULO EXECUTIVO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 569 DO CPC. RECURSO IMPROVIDO. I - *Afigura-se inviável a execução parcial da sentença condenatória que concedeu ao agravante o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional, para o pagamento apenas do débito em atraso apurado, optando por permanecer com o benefício concedido administrativamente durante o curso da ação.* II - Medida que constitui, na prática, indevida acumulação de benefícios previdenciários, eis que implica o recebimento concomitante de verbas derivadas de aposentadorias distintas, concedidas com base em diferentes períodos de contribuição, em violação ao artigo 124, II, da Lei 8.213/91, que proíbe a percepção de mais de uma aposentadoria do regime geral. III - É equivocada a invocação do princípio da disponibilidade da execução, previsto no artigo 569 do Código de Processo Civil, que faculta ao credor a desistência de toda execução ou de apenas algumas medidas executivas, na medida em que a opção contida no aludido dispositivo guarda cunho estritamente processual, relativamente aos meios de execução à disposição do credor para a satisfação do crédito, e não diz com a renúncia a parte dos direitos consolidados no título executivo. IV - Agravo de instrumento improvido. (TRF/3ª Região, AG 242971, Proc. n. 200503000643289, 9ª Turma, Rel. Marisa Santos, DJU 30/3/06, p. 668)

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONCESSÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. I - *É possível a opção do autor pelo benefício requerido na esfera administrativa em data posterior ao do benefício que fora concedido judicialmente, em face do valor da renda ser mais vantajoso ao segurado. Todavia, em tal hipótese as parcelas decorrentes da concessão do benefício judicial não são devidas ao autor.* II - Ao optar pelo recebimento do benefício concedido judicialmente, as prestações vencidas devem ser apuradas até a data do cancelamento do benefício concedido na esfera administrativa, que deve ser a mesma da implantação do benefício judicial, descontando-se os valores recebidos administrativamente da autarquia. III - Apelação do INSS parcialmente provida. (TRF/3ª Região, AC 1415993, Proc. n. 200903990137807, 10ª Turma, Rel. Sérgio Nascimento, DJF3 CJ1 2/9/09, p. 1592)

Em decorrência, concluo pela prevalência do voto vencido, o qual reconheceu que a opção pelo benefício concedido na via administrativa implica a renúncia à percepção de diferenças oriundas da concessão do benefício na via judicial.

Diante do exposto, *dou provimento* aos embargos infringentes.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS

EMBARGOS INFRINGENTES

0037694-47.2006.4.03.9999

(2006.03.99.037694-1)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargada: ISAURA GALDINO

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SERTÃOZINHO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: EI 1148594

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. INCIDENTE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C, § 7º, INC. II, DO C.P.C./73. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO IMPLEMENTO DO REQUISITO ETÁRIO POR PERÍODO SUFICIENTE AO CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA.

I - O E. STJ, no julgamento do Recurso Especial Representativo de controvérsia nº 1.354.908/SP, adotando a sistemática do art. 543-C do CPC/73, assentou o entendimento de que é imprescindível ao segurado especial, para fins de requerimento da aposentadoria rural por idade, estar laborando no campo quando do preenchimento da idade mínima, ressalvada a hipótese de direito adquirido, em que, embora não tenha requerido sua aposentadoria, preencheria de forma concomitante os requisitos carência e idade.

II - No caso dos autos, a decisão recorrida considerou que a parte autora apresentou início razoável de prova material, corroborado por prova testemunhal idônea produzida em Juízo, suficientes à comprovação do labor rural desempenhado por ela quando do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido ao cumprimento da carência, a teor dos arts. 142 e 143 da Lei 8.213/91, razão pela qual faz jus à aposentadoria rural por idade.

III - Considerando que o v. acórdão proferido por esta 3ª Seção, objeto do recurso especial interposto pela autarquia previdenciária, havia firmado convicção acerca da continuidade do labor rural da autora até o atingimento da idade mínima, não se nota qualquer contraste entre o aludido julgamento e a orientação do E. STJ, restando afastada a possibilidade de retratação.

IV - Acórdão recorrido mantido. Determinada a remessa dos autos à Vice-Presidência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, manter o acórdão recorrido e determinar a remessa dos autos à Vice-Presidência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de reexame previsto no art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC de 1973, de acórdão proferido por esta 3ª Seção, que negou provimento aos embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, fazendo prevalecer o voto vencedor da lavra do eminente Desembargador Federal Nelson Bernardes, que deu provimento ao agravo interposto pela parte autora, para reformar decisão proferida com fundamento no art. 557 do CPC/1973 e, em novo julgamento, deu provimento à sua apelação, para reconhecer o direito ao benefício de aposentadoria rural por idade, a partir da data da citação.

Ao v. acórdão, o INSS interpôs Recurso Especial.

Os autos retornaram a esta 3ª Seção, para os fins do disposto no art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC/73.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

O C. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento RESP nº 1.354.908/SP, adotando a sistemática do art. 543-C do CPC/73, assentou o entendimento de que é imprescindível ao segurado especial, para fins de requerimento da aposentadoria rural por idade, estar laborando no campo quando do preenchimento da idade mínima, ressalvada a hipótese de direito adquirido, em que, embora não tenha requerido sua aposentadoria, preencheria de forma concomitante os requisitos carência e idade.

Entretanto, no caso dos autos, a decisão recorrida considerou que a parte autora apresentou início razoável de prova material, corroborado por prova testemunhal idônea produzida em Juízo, suficientes à comprovação do labor rural desempenhado por ela quando do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido ao cumprimento da carência, a teor dos arts. 142 e 143 da Lei 8.213/91, razão pela qual faz jus à aposentadoria rural por idade.

Cumprе ressaltar, outrossim, que a testemunha Joaquim Cardoso, em seu depoimento à fl. 97/99, asseverou que a autora sempre trabalhou na faina rural, tendo observado tal labor por pelo menos 50 (cinquenta anos), de modo a abarcar o momento em que implementou o quesito etário (nascida em 30.05.1940, completou 55 anos de idade em 30.05.1995). Importante frisar que tal depoimento está em consonância com a narrativa da inicial, que afirmou o exercício de atividade rural até o ano de 2001.

Destarte, considerando que o v. acórdão proferido por esta 3ª Seção, objeto do recurso especial interposto pela autarquia previdenciária, havia firmado convicção acerca da continuidade do labor rural da autora até o atingimento da idade mínima, não se nota qualquer contraste entre o aludido julgamento e a orientação do E. STJ, restando afastada a possibilidade de retratação.

Diante do exposto, *mantenho o v. acórdão recorrido e determino sejam os presentes autos remetidos à Subsecretaria dos Feitos da Vice-Presidência, para fins do art. 1.041, caput,*

do *NCPC/2015*.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS: Trata-se de reexame previsto no art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC/1973, de acórdão proferido por esta Terceira Seção, o qual negou provimento aos embargos infringentes do INSS, mantido o voto vencedor que deu provimento ao agravo da parte autora, para reformar decisão proferida com fundamento no art. 557 do CPC/1973 e, em novo julgamento, deu provimento à sua apelação, para reconhecer o direito à aposentadoria por idade rural.

O DD. Desembargador Federal relator, Sérgio Nascimento, votou pela manutenção do v. acórdão recorrido.

Ouso, porém, com a máxima vênia, apresentar divergência pelas razões que passo a expor.

O reexame do julgado decorre do decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp nº 1.354.908/SP, sob o regime do art. 543-C do CPC/1973, no qual assentou a imprescindibilidade, para fins de concessão de aposentadoria por idade rural, de comprovação da atividade campesina no período imediatamente anterior ao requerimento, ressalvada a hipótese de direito adquirido, em que, embora não tenha requerido sua aposentadoria, preencheria de forma concomitante os requisitos carência e idade.

É o que se infere do seguinte julgado:

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, Primeira Seção, Resp nº 1.354.908/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 9/9/2015, DJe 10/2/2016).

Nessa esteira, passo ao reexame da matéria à luz desse paradigma.

À concessão de aposentadoria por idade rural, portanto, exige-se: a comprovação da idade mínima e o desenvolvimento de atividade rural, em número de meses correspondente à carência, no período imediatamente anterior ao requerimento ou ao alcance da idade.

A questão relativa à comprovação de atividade rural encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça, o qual exige início de prova material e afasta por completo a prova exclusivamente testemunhal (Súmula nº 149 do STJ).

Ressalta-se que o início de prova material, exigido pelo § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, não significa que o segurado deverá demonstrar mês a mês, ano a ano, por meio de documentos, o exercício de atividade na condição de rurícola, pois isto importaria em exigir-se que todo o período de trabalho fosse comprovado documentalmente, sendo de nenhuma utilidade a prova testemunhal para demonstração do labor rural.

Contudo, o início de prova material deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar, na forma da Súmula nº 34 da TNU.

Admite-se, ainda, a extensão da qualificação de lavrador de um cônjuge ao outro. Entretanto, de acordo com o que restou definido no REsp Repetitivo nº 1.304.479/SP

(...) a extensão de prova material em nome de um integrante do núcleo familiar a outro não é possível quando aquele passa a exercer trabalho incompatível com o labor rurícola, como o de natureza urbana.

No caso em discussão, o requisito etário foi preenchido em 30/5/1995.

Para respaldar sua pretensão, a parte autora apresentou apenas anotações de trabalho rural de seu genitor presentes na certidão de casamento de seus pais (1931), na certidão de óbito de seu pai (1987) e na Carteira Profissional de Trabalhador Rural deste, na qual constam contratos de trabalho na Fazenda Antonina entre 1956 e 1979.

Contudo, os testemunhos colhidos foram genéricos e mal circunstanciados para comprovar o moerejo asseverado no período exigido.

Com efeito, os depoentes não delimitaram satisfatoriamente até quando a parte autora teria permanecido na atividade rural, informando apenas que desde menina sempre trabalhou na Fazenda Antonina (mesmo local em que o pai da autora trabalhava).

A propósito, a testemunha Antônio Carlos Gonçalves afirmou ter não ter mais contato com a autora desde 1980.

Note-se que a autora pretende valer-se dos documentos em nome de seu genitor, mas estes apontam que desde 1979 ele não mais trabalha na Fazenda Antonina, não havendo outros elementos de convicção capazes de estabelecer liame entre o labor alegado e a forma de sua ocorrência após o ano de 1979.

Assim, o conjunto probatório é insuficiente a demonstrar a atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento ou o preenchimento de forma concomitante dos requisitos carência e idade (1995).

Em decorrência, concluo pela prevalência do voto vencido proferido no julgamento da apelação, o qual negava provimento ao agravo legal, mantendo a improcedência do pedido de concessão de aposentadoria por idade rural.

Diante do exposto, nos termos do artigo 1.040, II, do Novo CPC, em juízo de retratação, dou provimento aos embargos infringentes.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS

VOTO VENCIDO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LEIDE POLO:

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS, em face do v. acórdão não unânime proferido pela E. 9ª Turma desta Corte, o qual, por maioria, deu provimento ao agravo legal da parte autora para reformar a r. decisão proferida nos termos do artigo 557 do CPC e, em novo julgamento, não conheceu do agravo retido e deu provimento à apelação da autora interposta na ação proposta contra o INSS, na qual objetivava a concessão do benefício de aposentadoria por idade, sob o argumento de ter exercido trabalho rural.

O voto vencido proferido pelo I. Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos foi no sentido de negar provimento ao agravo legal, mantendo a decisão recorrida, sob o fundamento da não comprovação da condição de rurícola da autora.

Já o voto condutor da lavra do I. Desembargador Federal Nelson Bernardes deu provimento ao agravo legal para reformar a decisão impugnada e, em novo julgamento, não conheceu do agravo retido e deu provimento à apelação da autora.

O embargante, não se conformando com o v. acórdão prevalente, que entendeu restar demonstrado o exercício da atividade rural, pretende a prevalência do voto vencido.

Na sessão de julgamento de 14/04/11, a Terceira Seção, por maioria, acompanhou o I. Relator para negar provimento aos embargos infringentes, mantendo o julgamento de procedência do pedido de concessão de aposentadoria por idade.

Ficando vencida, requeri a apresentação de meu voto.

Ouso divergir do I. Relator, por entender que no caso em questão não restaram preenchidos os requisitos legais para a concessão do benefício de aposentadoria por idade rural.

Quanto à matéria de direito, o art. 143 da Lei nº 8.213/91, com redação determinada pela Lei nº 9.063/95, dispõe:

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.

De fato, à vista dos documentos anexados aos autos e da prova testemunhal, verifica-se que a autora não faz a demonstração do exercício do alegado trabalho rural.

A autora alega em sua inicial que trabalhou em diversas fazendas da região como volante.

Todavia, junta apenas documentação de seu pai, constando registros como empreiteiro na Fazenda Antonina.

No caso, duas evidências infirmam as alegações da autora quanto ao trabalho rural:

a) primeiro, a documentação acostada aos autos revela a atividade rural do pai da autora como empregado rural e empreiteiro desde o longínquo ano de 1956 (fls. 15/20) com todos os registros de contrato de trabalho efetuados pelo mesmo empregador, sendo inaceitável que a autora não tenha um único documento em seu nome durante todos esses anos em que afirma

ter laborado no meio rural; nada justifica que a autora não tenha um único documento, uma única prova e seu pai tenha tantas provas desde eras “remotas”.

b) segundo, há a contradição da prova testemunhal: as testemunhas afirmam que conhecem a autora como tendo laborado na citada Fazenda Antonina, o mesmo local de trabalho do pai da autora, sem informar outros eventuais locais de trabalho da autora. E, na inicial, a autora propõe o pedido embasado no trabalho de avulsa e “volante” em diversas fazendas da região.

Na verdade, o que se depreende da prova testemunhal, a meu ver, é a tentativa de vinculação da autora ao seu pai e ao labor rural por ele desenvolvido na Fazenda Antonina onde residiu, consoante documento de fl. 16 (C.P.), contudo sem provar qualquer trabalho da autora como avulsa ou volante nas fazendas da região, fato que alega na inicial.

Nessas circunstâncias, não há início de prova material que favoreça a autora e as anotações na Carteira Profissional de seu pai, por ser personalíssimo o contrato de trabalho, não se estende aos filhos.

Resta ainda observar que o pai da autora faleceu em 1987, certidão de fl. 14, na condição de aposentado e a ação foi ajuizada no ano de 2005.

De modo que a requerente não prova nos autos o seu efetivo labor rural no período imediatamente anterior à data do requerimento (ou do pedido judicial), como determina o artigo 143 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.063/95. Ademais, sem dúvida, é clara aí a exigência de comprovação do exercício de atividade laborativa nas lides rurais pelo número de meses de carência exigido no artigo 25 inciso II da supra citada lei.

Dessa forma, estando a extensão dos embargos infringentes adstrita aos limites da divergência, acolho os termos do voto condutor da lavra da I. Desembargadora Federal Marisa dos Santos, vez que não implementados os requisitos necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade rural.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos infringentes, na forma da fundamentação.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal LEIDE POLO

APELAÇÃO CÍVEL
0003775-46.2010.4.03.6113
(2010.61.13.003775-3)

Apelantes: SILVANA DOS SANTOS E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO

Classe do Processo: AC 1807382

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/10/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA. PROVA TÉCNICA EMPRESTADA. BENEFÍCIO CONCEDIDO. AGRAVO RETIDO REITERADO. PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, APELAÇÃO DO INSS E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I. Reconhecidos os períodos de 08/03/1978 a 01/10/1981, 02/11/1981 a 16/03/1982, 18/03/1982 a 05/03/1987, 06/03/1987 a 10/07/1987, 24/09/2007 a 22/12/2007, 03/01/2008 a 21/12/2008, 04/05/2009 a 01/11/2009, 03/11/2009 a 08/10/2010 como de atividade especial, mantidos os períodos reconhecidos em sentença (16/05/1988 a 30/06/1994, 04/10/1994 a 14/02/2007).

II. Embora o laudo técnico juntado aos autos seja emprestado foi elaborado por engenheiro de segurança do trabalho a pedido do Sindicato dos Empregados nas Indústrias de Calçados de Franca, dele se extraindo a efetiva exposição dos trabalhadores em setores idênticos ao do autor, onde foi caracterizada insalubridade por exposição a *tolueno* e *acetona* muito acima dos limites de tolerância permitidos. E, sendo a prova emprestada documento hábil a demonstrar potencial insalubridade decorrente do uso de produtos químicos que envolvem todo o processo de fabricação em indústria de calçados, uma vez que foi realizada *in loco* nos mesmos setores em que o autor trabalhou, devem os períodos ora indicados como atividade especial, ser averbados pelo INSS, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

III. Somando-se os períodos especiais ora reconhecidos e os demais períodos constantes da CTPS até a data do requerimento administrativo (08/02/2010), perfaz-se mais de 25 (*vinte e cinco*) anos de tempo de serviço, conforme planilha anexada, preenchendo assim os requisitos legais para a concessão da aposentadoria especial, nos moldes dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

IV. Faz jus à aposentadoria especial desde 08/02/2010 (data do requerimento administrativo).

V. As parcelas vencidas devem ser corrigidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e ainda de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ e nº 08 desta Corte, observando-se o quanto decidido pelo C. STF quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

VI. Os juros moratórios, incidem a partir da citação, de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei 11.960/2009, art. 5º.

VII. A verba honorária de sucumbência incide no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Turma (artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil/2015), aplicada a Súmula 111 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.

IX. Preliminar rejeitada, e, no mérito, apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas. Apelação da parte autora parcialmente providas. Agravo retido conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer do agravo retido e negar-lhe provimento, rejeitar a preliminar arguida e no mérito dar parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS e dar parcial provimento à apelação da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de outubro de 2016.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria especial ou, alternativamente, aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento da atividade especial nos períodos de 08/03/1978 a 01/10/1981, 02/11/1981 a 16/03/1982, 18/03/1982 a 05/03/1987, 06/03/1987 a 10/07/1987, 16/05/1988 a 30/06/1994, 04/10/1994 a 14/02/2007, 24/09/2007 a 22/12/2007, 03/01/2008 a 21/12/2008, 04/05/2009 a 01/11/2009, 03/11/2009 a 08/10/2010, bem como a condenação da autarquia em danos morais.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido para considerar como atividade especial os períodos de 16/05/1988 a 30/06/1994 e de 04/10/1984 a 14/02/2007, determinando a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral a partir da data da citação (17/11/2010), acrescida de juros e correção monetária. Não houve condenação em danos morais. As partes foram condenadas em sucumbência recíproca. Custa “ex lege”. Foi concedida a antecipação da tutela com a implantação imediata do benefício.

A r. decisão foi submetida ao reexame necessário.

O INSS apelou do *decisum* (fls. 379/389), requerendo, preliminarmente, o recebimento do recurso em seu efeito suspensivo. No mérito, alega não restar comprovada nos autos a efetiva exposição a agentes insalubres, sendo impossível a conversão em atividade especial após o ano de 1998 por falta de previsão legal. Afirma que o uso de equipamento de proteção individual (EPI) afastaria a nocividade do agente prejudicial ao organismo, e que os PPPs acostados

às fls. 85 e 87 não teriam previsto nenhum agente agressivo, motivo pelo qual os períodos de 16/05/1988 a 30/06/1994 e de 04/10/1994 a 14/02/2007 deveriam ser considerados como tempo de serviço comum. Por fim, prequestiona a matéria para efeitos recursais.

Por sua vez, apela a parte autora (fls. 305/316) reiterando, em sede de preliminar o agravo retido anteriormente interposto e requerendo o retorno dos autos à primeira instância para realização de prova pericial. No mérito, requer o reconhecimento da atividade especial prestada nos períodos elencados na inicial, sustentando que o uso de protetor individual não afastaria a insalubridade da atividade desempenhada. Requer a concessão do benefício de aposentadoria especial, ou subsidiariamente, aposentadoria por tempo de serviço, a contar da data do requerimento administrativo. Pleiteia, ainda, a condenação da autarquia em honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o valor total da liquidação.

Com as contrarrazões da autarquia, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Rejeito a preliminar arguida pelo INSS, visto que, não obstante o artigo 520 do CPC/1973 dispor, em seu *caput*, que, *in verbis*: “A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo”, excepciona, em seus incisos, algumas situações, nas quais será esse recurso recebido somente no efeito devolutivo .

É o caso em questão, o qual guarda, ademais, certa peculiaridade, haja vista que, não apenas se confirmou, mas se concedeu a própria tutela antecipada no bojo da sentença.

Com efeito, tenho ser cabível o entendimento no sentido de que, *in verbis*:

Caso a tutela tenha sido concedida na própria sentença, a apelação eventualmente interposta contra essa sentença será recebida no efeito devolutivo quanto à parte que concedeu a tutela, e no duplo efeito quanto ao mais (*in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 7a ed., 2003, RT, nota ao artigo 520, VII, CPC, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY).

Caso contrário, se fosse recebida a apelação, na qual se deferiu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, nos efeitos devolutivo e suspensivo, tornar-se-ia sem qualquer utilidade e eficácia a referida medida antecipatória, a qual deverá, portanto, vigorar até a decisão definitiva com trânsito em julgado.

Aliás, este tem sido o posicionamento manifestado reiteradamente pela Jurisprudência desta E. Corte, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA NA SENTENÇA. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO. EFEITOS. REEXAME NECESSÁRIO.

1- O art. 520, VII, do CPC, destina-se a proteger os efeitos da decisão de antecipação de tutela, de forma a imunizá-la contra o efeito suspensivo típico da Apelação, assim, não só a sentença que confirma a referida antecipação, como também a que a concede, sujeita-se à citada norma.

2- Ainda que a Apelação fosse recebida no efeito suspensivo, não restaria afastada a eficácia da tutela antecipada concedida na sentença, tendo em vista a própria natureza e finalidade precípua do instituto, que ultrapassam os limites da decisão recorrida, o que afinal resultaria em falta de interesse no pretendido efeito suspensivo (RJ 246/74 e RF 344/354).

3- O reexame necessário (art. 75, do CPC) diz respeito apenas à impossibilidade da sentença transitar em julgado sem a reapreciação do Tribunal, o que não impede a sentença de produzir seus efeitos ou ser executada provisoriamente.

4- Agravo do INSS improvido.

(TRF - 3ª Região, 9ª Turma, AG 223080, Relator Santos Neves, DJU 25/08/2005, p. 552)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NO BOJO DA SENTENÇA. RECURSO DE APELAÇÃO RECEBIDO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO. CONFORMIDADE COM O ARTIGO 520, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. O inciso VII do art. 520 do CPC, acrescentado pela Lei nº 352/01 estabelece que será recebido tão somente no efeito devolutivo o recurso de apelação oposto contra sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

2. Tendo em vista a concessão da tutela antecipada na sentença, a apelação interposta pelo INSS será recebida apenas em seu efeito devolutivo.

3. Consigna-se que a tutela antecipada concedida é para se assegurar, tão somente, a imediata implantação do benefício e não prevê a possibilidade da parte em executar provisoriamente parcelas em atraso.

4. Agravo de Instrumento não provido.

(TRF - 3ª Região, 7ª Turma, AG 207667, Relator Antônio Cedenho, DJU 14/07/2005, p. 242)

Por sua vez, não entendo que a imediata execução da sentença ora recorrida resulte, necessariamente, em lesão grave ou de difícil reparação à Previdência Social, uma vez que se deve observar que, no presente caso, colidem o bem jurídico vida e o bem jurídico pecuniário, daí porque aquele primeiro é que deve predominar, mesmo porque, embora, talvez, não seja, realmente, provável a restituição dos valores pagos a título de tutela antecipada, se não confirmada a r. sentença em grau recursal, ainda será possível a posterior revogação do benefício ora concedido, impedindo, destarte, a manutenção da produção de seus efeitos.

Outrossim, também não apresentou o apelante qualquer fundamentação relevante que ensejasse a atribuição de efeito suspensivo à apelação, nos termos do artigo 558, *caput* e parágrafo único, do CPC/1973 (sem correlação ao código atual), motivo pelo qual deve ser o seu pedido indeferido.

Ainda de início, conheço do agravo retido de fls. 200/204, uma vez que devidamente reiterado em sede de apelação. Rejeito, contudo, a matéria preliminar arguida pela parte autora, visto que não restou caracterizado o cerceamento de defesa, em razão da não realização da prova pericial.

Com efeito, cabe salientar que a prova tem por objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo. A finalidade da prova é a formação de um juízo de convencimento do seu destinatário, o magistrado.

Assim, a decisão pela necessidade, ou não, da produção de prova é uma faculdade do magistrado, a quem caberá avaliar se há nos autos elementos e provas suficientes para formar sua convicção, a teor do que dispõe o art. 131 do CPC.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERPOSTO COM FULCRO NO ART. 557 § 1º DO CPC. EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. DECISÃO FUNDAMENTADA. I - A decisão recorrida negou seguimento aos embargos de declaração interpostos pelo autor, mantendo a decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento, interposto de decisão que, em ação previdenciária, objetivando a implantação de aposentadoria por tempo de contribuição, após o reconhecimento do exercício de atividade especial e a conversão do seu tempo em comum, indeferiu pedido de produção de prova pericial. II - Cabe ao juiz, destinatário da prova, verificar a necessidade e a possibilidade de sua realização ou não, a fim de formar sua convicção a respeito da lide, nos termos do artigo 130, do CPC. III - Para a comprovação de exposição a agentes insalubres de período anterior a vigência da Lei nº 9.032/95, basta que a atividade seja enquadrada nas relações dos Decretos nº 53.831/64 ou 83.080/79, sendo desnecessária a elaboração de laudo pericial. IV - A necessidade de comprovação por laudo pericial do tempo de serviço em atividade especial só surgiu com o advento da Lei 9.528/97, que, convalidando a MP 1.523/96, alterou o art. 58, § 1º, da Lei 8.213/91. V - Cabe ao autor, junto com a exordial, apresentar os documentos necessários para a comprovação dos fatos alegados, conforme estabelece a legislação previdenciária. VI - Concluindo o Juiz de Primeira Instância, em decisão fundamentada, pela desnecessidade da realização da perícia técnica requerida lhe é lícito indeferi-la, não caracterizando ilegalidade ou *cerceamento* de defesa, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. VII - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação. VIII - Não merece reparos a decisão agravada, posto que calcada em precedentes desta E.Corte. IX - Agravo improvido.

(AI 00132847020114030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/07/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:..)

PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - RECONHECIMENTO - ATIVIDADE EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - COMPROVAÇÃO PARCIAL.

(...)

III - O reconhecimento do tempo especial depende da comprovação do trabalho exercido em condições especiais, que, de alguma forma, prejudique a saúde e a integridade física do autor, mediante a legislação aplicável ao tempo da efetiva prestação dos serviços.

(...)

V - A prova pericial solicitada pelo autor é impertinente, pois a mesma é incapaz de reproduzir as condições pretéritas do trabalho, sendo que, no máximo, o resultado seria uma perícia indireta, o que é impréstável para o reconhecimento das condições especiais.

(...)

(TRF 3ª Região, AC nº 2001.03.99.041061-6, Nona Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Hong Kou Hen, j. 01/09/2008, DJF3 01/10/2008)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. AGRAVO RETIDO. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 1º DO CPC. RECONHECIMENTO DE TEMPO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES AGRESSIVAS DA ATIVIDADE. RUÍDO. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. EMENDA 20/98. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS. TUTELA ANTECIPADA. I - Cabe ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, deferir ou não determinada prova, de acordo com a necessidade para formação do seu convencimento, sendo possível indeferir a produção da prova pericial quando entender desnecessária, em vista de outras provas produzidas, nos termos dos arts. 130 c/c 420, parágrafo único, inciso II, do CPC.

(...)

(TRF 3ª Região, AC nº 2001.61.83.004094-2, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. 23/04/2007, DJU 16/05/2007, p. 460).

Passo à análise do mérito da presente demanda.

A concessão da aposentadoria por tempo de serviço, hoje tempo de contribuição, está condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91.

A par do tempo de serviço/contribuição, deve também o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu artigo 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 (cento e oitenta) exigidos pela regra permanente do citado artigo 25, inciso II.

Para aqueles que implementaram os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço até a data de publicação da EC nº 20/98 (16/12/1998), fica assegurada a percepção do benefício, na forma integral ou proporcional, conforme o caso, com base nas regras anteriores ao referido diploma legal.

Por sua vez, para os segurados já filiados à Previdência Social, mas que não implementaram os requisitos para a percepção da aposentadoria por tempo de serviço antes da sua entrada em vigor, a EC nº 20/98 impôs as seguintes condições, em seu artigo 9º, incisos I e II.

Ressalte-se, contudo, que as regras de transição previstas no artigo 9º, incisos I e II, da EC nº 20/98 aplicam-se somente para a aposentadoria proporcional por tempo de serviço, e não para a integral, uma vez que tais requisitos não foram previstos nas regras permanentes para obtenção do referido benefício.

Desse modo, caso o segurado complete o tempo suficiente para a percepção da aposentadoria na forma integral, faz jus ao benefício independentemente de cumprimento do requisito etário e do período adicional de contribuição, previstos no artigo 9º da EC nº 20/98.

Por sua vez, para aqueles filiados à Previdência Social após a EC nº 20/98, não há mais possibilidade de percepção da aposentadoria proporcional, mas apenas na forma integral, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e de 30 (trinta) anos, para as mulheres.

Portanto, atualmente vigoram as seguintes regras para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição:

1) Segurados filiados à Previdência Social antes da EC nº 20/98:

a) têm direito à aposentadoria (integral ou proporcional), calculada com base nas regras anteriores à EC nº 20/98, desde que cumprida a carência do artigo 25 c/c 142 da Lei nº 8.213/91, e o tempo de serviço/contribuição dos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91 até 16/12/1998;

b) têm direito à aposentadoria proporcional, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que cumprida a carência do artigo 25 c/c 142 da Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço/contribuição dos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91, além dos requisitos adicionais do art. 9º da EC nº 20/98 (idade mínima e período adicional de contribuição de 40%);

c) têm direito à aposentadoria integral, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e de 30 (trinta) anos, para as mulheres;

2) Segurados filiados à Previdência Social após a EC nº 20/98:

- têm direito somente à aposentadoria integral, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e 30 (trinta) anos, para as mulheres.

In casu, a controvérsia nos presentes autos refere-se ao reconhecimento da atividade especial nos períodos alegados na inicial e o preenchimento dos requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/especial.

Atividade Especial:

A aposentadoria especial foi instituída pelo artigo 31 da Lei nº 3.807/60.

Por sua vez, dispõe o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 que a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

O critério de especificação da categoria profissional com base na penosidade, insalubridade ou periculosidade, definidas por Decreto do Poder Executivo, foi mantido até a edição da Lei nº 8.213/91, ou seja, as atividades que se enquadrassem no decreto baixado pelo Poder Executivo seriam consideradas penosas, insalubres ou perigosas, independentemente de comprovação por laudo técnico, bastando, assim, a anotação da função em CTPS ou a elaboração do então denominado informativo SB-40.

Foram baixados pelo Poder Executivo os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, relacionando os serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos.

Embora o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 tenha limitado a aposentadoria especial às atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, o critério anterior continuou ainda prevalecendo.

De notar que, da edição da Lei nº 3.807/60 até a última CLPS, que antecedeu à Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço especial foi sempre definido com base nas atividades que se enquadrassem no decreto baixado pelo Poder Executivo como penosas, insalubres ou perigosas, independentemente de comprovação por laudo técnico.

A própria Lei nº 8.213/91, em suas disposições finais e transitórias, estabeleceu, em seu artigo 152, que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física deverá ser submetida à apreciação do Congresso Nacional, prevalecendo, até então, a lista constante da legislação em vigor para aposentadoria especial.

Os agentes prejudiciais à saúde foram relacionados no Decreto nº 2.172, de 05/03/1997 (art. 66 e Anexo IV), mas por se tratar de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997.

Destaque-se que o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, deixou de fazer alusão a serviços considerados perigosos, insalubres ou penosos, passando a mencionar apenas atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, sendo que o artigo 58 do mesmo diploma legal, também em sua redação original, estabelecia que a relação dessas atividades seria objeto de lei específica.

A redação original do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 foi alterada pela Lei nº 9.032/95 sem que até então tivesse sido editada lei que estabelecesse a relação das atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, não havendo

dúvidas até então que continuavam em vigor os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência: STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482.

É de se ressaltar, quanto ao nível de ruído, que a jurisprudência já reconheceu que o Decreto nº 53.831/64 e o Decreto nº 83.080/79 vigoram de forma simultânea, ou seja, não houve revogação daquela legislação por esta, de forma que, constatando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado (STJ - REsp. nº 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355).

O Decreto nº 2.172/97, que revogou os dois outros decretos anteriormente citados, passou a considerar o nível de ruídos superior a 90 dB(A) como prejudicial à saúde.

Por tais razões, até ser editado o Decreto nº 2.172/97, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 dB(A) como agente nocivo à saúde.

Todavia, com o Decreto nº 4.882, de 18/11/2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal decreto esse nível voltou a ser de 85 dB(A) (art. 2º do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

Houve, assim, um abrandamento da norma até então vigente, a qual considerava como agente agressivo à saúde a exposição acima de 90 dB(A), razão pela qual vinha adotando o entendimento segundo o qual o nível de ruídos superior a 85 dB(A) a partir de 05/03/1997 caracterizava a atividade como especial.

Ocorre que o C. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.398.260/PR, sob o rito do artigo 543-C do CPC, decidiu não ser possível a aplicação retroativa do Decreto nº 4.882/03, de modo que no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, em consideração ao princípio *tempus regit actum*, a atividade somente será considerada especial quando o ruído for superior a 90 dB(A).

Nesse sentido, segue a ementa do referido julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC

1. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.
2. O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ. Caso concreto
3. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço decorrente da supressão do acréscimo da especialidade do período controvertido não prejudica a concessão da aposentadoria integral.
4. Recurso Especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC

e da Resolução STJ 8/2008. (STJ, REsp 1398260/PR, Primeira Seção, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 05/12/2014)

Destaco, ainda, que o uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido, precedentes desta E. Corte (AC nº 2000.03.99.031362-0/SP; 1ª Turma; Rel. Des. Fed. André Nekatschalow; v.u; J. 19.08.2002; DJU 18.11) e do Colendo Superior Tribunal de Justiça: REsp 584.859/ES, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/08/2005, DJ 05/09/2005 p. 458).

Desse modo, com base em cópia da CTPS do autor (fls.43/80), laudo técnico (fls. 88/138) e perfis profissiográficos (fls. 85/87), de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, a parte autora comprovou o exercício de atividade especial nos seguintes períodos:

- 08/03/1978 a 01/10/1981, 02/11/1981 a 16/03/1982, 18/03/1982 a 05/03/1987, 06/03/1987 a 10/07/1987, 16/05/1988 a 30/06/1994, 04/10/1994 a 14/02/2007, 24/09/2007 a 22/12/2007, 03/01/2008 a 21/12/2008, 04/05/2009 a 01/11/2009, 03/11/2009 a 08/10/2010, trabalhando como “sapateira”, “auxiliar de sapateira”, “ajudante de fabricação”, e “coladeira de peças” em indústria de calçados, ficando exposta de modo habitual e permanente a agentes químicos (tolueno e acetona), enquadrada no código 1.2.11, anexo III do Decreto nº 53.831/64, código 1.2.10, Anexo I do Decreto nº 83.080/79; código 1.10.19 do Decreto nº 2.172/97 e código 1.10.19 do Decreto nº 3.048/99.

Esclareço que, embora o laudo técnico juntado aos autos seja emprestado, foi elaborado por engenheiro de segurança do trabalho a pedido do Sindicato dos Empregados nas Indústrias de Calçados de Franca, dele se extraindo a efetiva exposição dos trabalhadores em setores idênticos ao do autor, onde foi caracterizada insalubridade por exposição a *tolueno* e *acetona* muito acima dos limites de tolerância permitidos.

E, sendo a prova emprestada documento hábil a demonstrar potencial insalubridade decorrente do uso de produtos químicos que envolvem todo o processo de fabricação em indústria de calçados, uma vez que foi realizada *in loco* nos mesmos setores em que o autor trabalhou, devem os períodos ora indicados como atividade especial, ser averbados pelo INSS, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

Assim, devem os períodos de 08/03/1978 a 01/10/1981, 02/11/1981 a 16/03/1982, 18/03/1982 a 05/03/1987, 06/03/1987 a 10/07/1987, 16/05/1988 a 30/06/1994, 04/10/1994 a 14/02/2007, 24/09/2007 a 22/12/2007, 03/01/2008 a 21/12/2008, 04/05/2009 a 01/11/2009, 03/11/2009 a 08/10/2010 ser considerados como de atividade especial.

Portanto, entendo ser o laudo técnico apresentado aos autos documento hábil a demonstrar potencial insalubridade decorrente do uso de produtos químicos que envolvem todo o processo de fabricação em indústria de calçados, uma vez que foi realizada *in loco* em empresas ainda ativas e por “similaridade” à atividade exercida pelo autor, devem os períodos ser computados como atividade especial, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91. Nesse sentido decidiu o Colendo STJ, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS.

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. Mostra-se legítima a produção de perícia indireta, em empresa similar, ante a impossibilidade de obter os dados necessários à comprovação de atividade especial, visto que, diante do caráter eminentemente social atribuído à Previdência, onde sua finalidade primeira é amparar o segurado, o trabalhador não pode sofrer prejuízos decorrentes da impossibilidade de produção, no local de trabalho, de prova, mesmo que seja de perícia técnica.

3. Em casos análogos, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à legalidade da prova emprestada, quando esta é produzida com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Recurso especial improvido. (RESP 1.397.415/RS, Min. Humberto Martins, DJe: 20/11/2013)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. SÚMULA 284/STF. CÔMPUTO DE TEMPO ESPECIAL. PROVA TÉCNICA. PERÍCIA POR SIMILARIDADE. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE PROVIDO.

1. Em preliminar, cumpre rejeitar a alegada violação do art. 535 do CPC, porque desprovida de fundamentação. O recorrente apenas alega que o Tribunal *a quo* não cuidou de atender o prequestionamento, sem, contudo, apontar o vício em que incorreu. Recai, ao ponto, portanto, a Súmula 284/STF.

2. A tese central do recurso especial gira em torno do cabimento da produção de prova técnica por similaridade, nos termos do art. 429 do CPC e do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/1991.

3. A prova pericial é o meio adequado e necessário para atestar a sujeição do trabalhador a agentes nocivos à saúde para seu enquadramento legal em atividade especial. Diante do caráter social da previdência, o trabalhador segurado não pode sofrer prejuízos decorrentes da impossibilidade de produção da prova técnica.

4. (...).

5. *É exatamente na busca da verdade real/material que deve ser admitida a prova técnica por similaridade. A aferição indireta das circunstâncias de labor, quando impossível a realização de perícia no próprio ambiente de trabalho do segurado é medida que se impõe.*

6. A perícia indireta ou por similaridade é um critério jurídico de aferição que se vale do argumento da primazia da realidade, em que o julgador faz uma opção entre os aspectos formais e fáticos da relação jurídica sub judice, para os fins da jurisdição.

7. O processo no Estado contemporâneo tem de ser estruturado não apenas consoante as necessidades do direito material, mas também dando ao juiz e à parte a oportunidade de se ajustarem às particularidades do caso concreto.

8. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido. (STJ - Resp nº 1370229/RS - Segunda Turma - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - Dje 11.03/2014 - RIOBTP vol. 299, p. 157 - g.n.).

Cumpra observar, também, que os períodos nos quais a parte autora trabalhou com registro em CTPS são suficientes para garantir-lhe o cumprimento da carência, de acordo com a tabela do artigo 142 da Lei nº 8.213/91.

Desta forma, somando-se os períodos especiais ora até a data do requerimento administrativo (08/02/2010), perfaz-se mais de 25 (*vinete e cinco*) anos de tempo de serviço, conforme planilha anexa, razão pela qual preenche os requisitos para a concessão da aposentadoria especial, nos moldes dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

Assim, a autora faz jus à aposentadoria especial desde 08/02/2010 (data do requerimento administrativo).

As parcelas vencidas devem ser corrigidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e ainda de acordo com a Súmula nº 148 do E.

STJ e nº 08 desta Corte, observando-se o quanto decidido pelo C. STF quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Quanto aos juros moratórios, incidem a partir da citação, de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei 11.960/2009, art. 5º.

A verba honorária de sucumbência incide no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Turma (artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil/2015), aplicada a Súmula 111 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.

Anote-se, ainda, a obrigatoriedade da dedução dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124, da Lei 8.213/1991, e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993), podendo optar pelo benefício mais vantajoso.

Ante o exposto, CONHEÇO DO AGRAVO RETIDO E NEGO-LHE PROVIMENTO, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO A AUTORA para reconhecer os períodos de 08/03/1978 a 01/10/1981, 02/11/1981 a 16/03/1982, 18/03/1982 a 05/03/1987, 06/03/1987 a 10/07/1987, , 24/09/2007 a 22/12/2007, 03/01/2008 a 21/12/2008, 04/05/2009 a 01/11/2009, 03/11/2009 a 08/10/2010 como de atividade especial, mantendo os períodos reconhecidos em sentença (16/05/1988 a 30/06/1994, 04/10/1994 a 14/02/2007) e conceder-lhe o benefício de aposentadoria especial a contar da data do requerimento administrativo, e para fixar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor apurado até a sentença, REJEITO A PRELIMINAR ARGUIDA, E NO MÉRITO, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS E À REMESSA OFICIAL para explicitar os critérios de aplicação da correção monetária e juros moratórios, na forma da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0007308-57.2012.4.03.6108
(2012.61.08.007308-9)

Apelante: MARIA HELENA DOS SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: AC 2117912
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. INCAPACIDADE. DOENÇA QUE INDEPENDE DE CARÊNCIA. CONCESSÃO DE AUXÍLIO DOENÇA E CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ.

1. O benefício de auxílio doença é devido ao segurado incapacitado por moléstia que inviabilize temporariamente o exercício de sua profissão. Já a aposentadoria por invalidez exige que o segurado seja considerado incapaz e insusceptível de convalescença para o exercício de ofício que lhe garanta a subsistência.
2. Quando do ajuizamento da presente ação (05/11/2012), os requisitos de carência e qualidade de segurado restaram comprovados, tendo em vista os recolhimentos de contribuições individuais no período de 01/09/2011 a 31/08/2012.
3. Quanto à incapacidade, os documentos médicos juntados, bem como a conclusão do laudo pericial (fls. 151/154), referente ao exame médico realizado em 22/08/2013, atestam que a parte autora apresenta quadro clínico de seqüela de cirurgia de retirada de tumor intracraniano, cuja enfermidade acarreta, segundo o perito, incapacidade total e permanente para o trabalho.
4. Conforme os documentos médicos juntados pela parte autora, mais precisamente os exames de fls. 20, 29, 31 e 33, a parte autora foi diagnosticada, em outubro de 2011, com plasmocitoma, ou mieloma múltiplo, cuja doença pode ser descrita da seguinte forma:
5. Independe de carência a concessão de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido por uma das doenças elencadas pelo Art. 151, da Lei 8.213/91, dentre as quais a neoplasia maligna.
6. Filiada ao RGPS em 01/09/2011, a parte autora foi submetida à cirurgia em outubro/2011, razão pela qual encontra-se abarcada pela norma acima descrita, fazendo jus à concessão do benefício de auxílio doença e à conversão em aposentadoria por invalidez.
7. Com amparo no histórico médico juntado aos autos e nas descrições da perícia técnica, aliados à idade (54 anos), baixo grau de escolaridade e gravidade da doença, é possível afirmar que a parte autora não possui condições de reingressar no mercado de trabalho, tampouco de ser submetida à reabilitação para o exercício de outra atividade que lhe garanta a subsistência, razão pela qual deve ser reformada a r. sentença, determinando-se a concessão do benefício de auxílio doença e a conversão em aposentadoria por invalidez.
8. A concessão do auxílio doença deve se dar a partir do requerimento administrativo

(24/11/2011 - fls. 18), momento em que a autarquia foi cientificada acerca da pretensão da parte autora, e a conversão em aposentadoria por invalidez a partir do exame médico pericial (22/08/2013), momento em que restou comprovada a natureza permanente da incapacidade.

9. 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.

10. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 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.

11. Do montante devido devem ser descontadas as parcelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei 8.213/91.

12. Os honorários advocatícios devem ser fixados em conformidade com as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e na Súmula STJ/111.

13. 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 8.620/92. As demais despesas processuais são devidas.

14. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de setembro de 2016.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de conhecimento, na qual se pleiteia a concessão do benefício de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez ou benefício assistencial.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, condenando a autora nos ônus da sucumbência, observando-se o disposto no Art. 12, da Lei 1.060/50, ante a justiça gratuita concedida.

Inconformada, apela a autora, pleiteando a reforma da r. sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

O benefício de auxílio doença está previsto no Art. 59, da Lei 8.213/91, nos seguintes termos:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Portanto, é devido ao segurado incapacitado por moléstia que inviabilize temporariamente o exercício de sua profissão.

Por sua vez, a aposentadoria por invalidez está prevista no Art. 42, daquela Lei, nos seguintes termos:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

De outro lado, no que toca ao benefício assistencial, conforme o Art. 203, V, da Constituição Federal de 1988, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por objetivos a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A regulamentação sobreveio com o advento da Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), que, no Art. 20, § 3º, estabeleceu que faz jus ao benefício o deficiente ou idoso maior de sessenta e cinco anos, cuja renda familiar “per capita” seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, “in verbis”:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

Assim, o benefício assistencial requer o preenchimento de dois pressupostos de concessão: de um lado, sob o aspecto subjetivo, a deficiência, e, de outro, sob o aspecto objetivo, a hipossuficiência.

A qualidade de segurada e a carência encontram-se demonstradas, como se vê dos dados constantes do extrato do CNIS (fls. 88/89).

Quanto à incapacidade, o laudo, referente ao exame realizado em 22/08/2013, atesta que a autora apresenta quadro clínico de seqüela de cirurgia de retirada de tumor intracraniano, cuja enfermidade acarreta, segundo o perito, incapacidade total e permanente para o trabalho (fls. 151/154 e 251/252).

Conforme os documentos médicos juntados pela autora (fls. 20, 29, 31 e 33), a autora foi diagnosticada, em outubro de 2011, com plasmocitoma, ou mieloma múltiplo, cuja doença pode ser descrita da seguinte forma:

O mieloma múltiplo é um câncer que afeta originalmente a medula óssea. O Mieloma múltiplo se caracteriza pelo aumento do número de plasmócitos, um tipo de célula que produz imunoglobulina, proteína que participa de nosso sistema de defesa. (<http://www.minhavidade.com.br/saude/temas/mieloma-multiplo>).

Nesse passo, mister ressaltar que independe de carência a concessão de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido por uma das doenças elencadas pelo Art. 151, da Lei 8.213/91, dentre as quais a neoplasia maligna.

Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

Assim, filiada ao RGPS em 01/09/2011, a autora foi submetida à cirurgia em outubro/2011, razão pela qual encontra-se abarcada pela norma acima descrita, fazendo jus à percepção do benefício de auxílio doença e à sua conversão em aposentadoria por invalidez, vez que indiscutível a falta de capacitação e de oportunidades de reabilitação para a assunção de outras atividades, sendo possível afirmar que se encontra sem condições de reingressar no mercado de trabalho.

Confirmam-se os julgados, nesse sentido, do e. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS. ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS, PROFISSIONAIS E CULTURAIS. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. A concessão da aposentadoria por invalidez deve considerar, além dos elementos previstos no art. 42 da Lei 8.213/91, os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais da segurada, ainda que o laudo pericial apenas tenha concluído pela sua incapacidade parcial para o trabalho. Precedentes.

2. ... “omissis”.

3. ... “omissis”.

Recurso especial provido, em menor extensão.

(REsp 1568259/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015);

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. O art. 42 da Lei 8.213/91 dispõe que a aposentadoria por invalidez é devida quando o segurado for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

2. ... “omissis”.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 215563/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 20/03/2013) e

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE RECONHECIDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

1. Tendo o Tribunal de origem concluído, com base nas provas constantes dos autos, pela incapacidade total e permanente do segurado é cabível a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

2. ... “omissis”.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 153552/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 02/08/2012)”.

O termo inicial do benefício de auxílio doença deve ser fixado na data do requerimento administrativo (24/11/2011 - fls. 18), e a conversão em aposentadoria por invalidez deverá ser feita a partir da data da realização do exame pericial (22/08/2013), momento em que restou comprovada a natureza permanente da incapacidade.

Destarte, é de se reformar a r. sentença, devendo o réu conceder à autora o benefício de auxílio doença desde 13/08/2013, convertendo-o em aposentadoria por invalidez a partir de 16/12/2013, 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 pela colenda 3ª Seção desta Corte (ALem EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

Convém ressaltar que do montante devido devem ser descontadas as parcelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei 8.213/91.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em conformidade com as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e na Súmula STJ/111.

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 8.620/92.

Independentemente do trânsito em julgado desta decisão, determino seja enviado e-mail

ao INSS, instruído com os documentos da parte autora, em cumprimento ao Provimento Conjunto 69/2006, alterado pelo Provimento Conjunto 71/2006, ambos da Corregedoria Regional da Justiça Federal da Terceira Região e da Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais da Terceira Região, a fim de que se adotem as providências cabíveis ao imediato cumprimento deste julgado, conforme os dados do tópico síntese do julgado abaixo transcrito, com observância, inclusive, das disposições do Art. 461 e §§ 4º e 5º, do CPC.

Tópico síntese do julgado:

- a) nome do segurado: MARIA HELENA DOS SANTOS;
- b) benefícios: auxílio doença e aposentadoria por invalidez;
- c) números dos benefícios: indicação do INSS;
- d) renda mensal: RMI e RMA a ser calculada pelo INSS;
- e) DIB: auxílio doença - 24/11/2011
aposentadoria por invalidez - 22/08/2013.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0012883-13.2012.4.03.9999
(2012.03.99.012883-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: ODAIR JOSÉ DOS SANTOS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA GUARIBA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AC 1732476
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. RUÍDO. CARPA DE CANA. INSETICIDA. LAUDO TÉCNICO OU PPP. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

1. Cabível o reexame necessário, nos termos da Súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça.
2. É firme a jurisprudência no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado trabalho em regime especial é a vigente no período em que a atividade a ser considerada foi efetivamente exercida.
3. Salvo no tocante aos agentes físicos ruído e calor, é inexigível laudo técnico das condições ambientais de trabalho para a comprovação de atividade especial até o advento da Lei nº 9.528/97, ou seja, até 10/12/97. Precedentes do STJ.
4. Comprovada a atividade insalubre, demonstrada por meio de laudo técnico ou Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, é aplicável o disposto no § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91.
5. A atividade rural, por si só, não caracteriza a insalubridade. Todavia, o trabalhador rural que exerce a função de cultivador/cortador de cana-de-açúcar deve ser equiparado aos demais trabalhadores ocupados na agropecuária, atividade especial, considerando que os métodos de trabalhos são voltados à produção agrícola em escala industrial com intensa utilização de defensivos e exigência de alta produtividade dos trabalhadores.
6. A respeito do agente físico ruído, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo da controvérsia, firmou orientação no sentido de que o nível de ruído que caracteriza a insalubridade para contagem de tempo de serviço especial deve ser superior a 80 (oitenta) decibéis até a edição do Decreto nº 2.171/1997, de 05/03/1997, superior a 90 (noventa) decibéis entre a vigência do Decreto nº 2.171/1997 e a edição do Decreto nº 4.882/2003, de 18/11/2003, e após a entrada em vigor do Decreto nº 4.882/2003, ou seja, a partir de 19/11/2003, incide o limite de 85 (oitenta e cinco) decibéis, considerando o princípio *tempus regit actum*. (*Recurso Especial repetitivo 1.398.260/PR, Rel. Min. Herman Benjamin*).
7. A eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria quando o segurado estiver exposto ao agente nocivo ruído. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida pelo STF (*ARE 664.335/SC, Relator Ministro Luiz Fux, j 04/12/2014, DJe 12/02/2015*).
8. A parte autora não alcançou 25 (vinte e cinco) anos de tempo de serviço especial,

sendo, portanto, indevida a aposentadoria especial, conforme o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, mas faz jus ao reconhecimento de parte da atividade especial.

9. No caso, a parte autora decaiu de maior parte do pedido, relativo à concessão do benefício. Com supedâneo em entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal (STF; *Ag. Reg. no Rec. Ext. nº 313.348/RS, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 15/04/2003, DJU 16/05/2003, p. 616*), a parte autora não está sujeita às verbas de sucumbência, por ser beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita.

10. Reexame necessário, tido por interposto, e apelação do INSS parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao reexame necessário, tido por interposto, e à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de setembro de 2016.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão de aposentadoria especial, sobreveio sentença de procedência do pedido, condenando-se a autarquia previdenciária a reconhecer a atividade especial e a conceder a aposentadoria especial, desde o requerimento administrativo (15/10/2007), com correção monetária e juros de mora, além da condenação em honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença. Isentou de custas.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação, requerendo a submissão da decisão ao duplo grau de jurisdição e pugnando pela submissão da decisão ao duplo grau de jurisdição e alteração do termo inicial do benefício. Subsidiariamente, pede a alteração da sentença no tocante aos juros de mora e honorários advocatícios.

Com as contrarrazões, os presentes autos foram encaminhados a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): De início, aplica-se ao caso o disposto na Súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Para a verificação do tempo de serviço em regime especial, no caso, deve ser levada em conta a disciplina estabelecida pelos Decretos nºs 83.080/79 e 53.831/64.

Salvo no tocante aos agentes físicos ruído e calor, a exigência de laudo técnico para a comprovação das condições adversas de trabalho somente passou a ser obrigatória a partir de 05/03/1997, data da publicação do Decreto nº 2.172/97, que regulamentou a Lei nº 9.032/95 e a MP 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97.

Contudo, acompanhando posicionamento adotado nesta 10ª Turma, no sentido de que em se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997, entendo que a exigência de laudo técnico para a comprovação das condições adversas de trabalho somente passou a ser exigência legal a partir de 11/12/1997, nos termos da referida lei, que alterou a redação do § 1º do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Neste sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: *REsp nº 422616/RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 02/03/2004, DJ 24/05/2004, p. 323*; *REsp nº 421045/SC, Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 06/05/2004, DJ 28/06/2004, p. 382*.

Todavia, não se exige que a profissão do segurado seja exatamente uma daquelas descritas nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, sendo suficiente para reconhecimento da atividade especial que o trabalhador esteja sujeito, em sua atividade, aos agentes agressivos descritos em referido anexo, na esteira de entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos fragmentos de ementas a seguir transcritos:

A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas é exemplificativo, pelo que, a ausência do enquadramento da atividade desempenhada não inviabiliza a sua consideração para fins de concessão de aposentadoria. (*REsp nº 666479/PB, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. 18/11/2004, DJ 01/02/2005, p. 668*);

Apenas para registro, ressalto que o rol de atividades arroladas nos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79 é exemplificativo, não existindo impedimento em considerar que outras atividades sejam tidas como insalubres, perigosas ou penosas, desde que devidamente comprovadas por laudo pericial. (*REsp nº 651516/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 07/10/2004, DJ 08/11/2004, p. 291*).

Ressalte-se que o artigo 58, § 1º, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.732, de 11/12/1998, dispõe que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será efetuada nos termos da legislação trabalhista.

O art. 194 da CLT aduz que o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual pelo empregador, aprovado pelo órgão competente do Poder Executivo, seu uso adequado e a consequente eliminação do agente insalubre são circunstâncias que tornam inexigível o pagamento do adicional correspondente. Portanto, retira o direito ao reconhecimento da atividade como especial para fins previdenciários.

Por sua vez, o art. 195 da CLT estabelece: A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo do Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrado no Ministério do Trabalho.

A respeito da matéria, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 14/05/2014, em sede de recurso representativo da controvérsia (*Recurso Especial Repetitivo 1.398.260/PR, Rel. Min. Herman Benjamin*), firmou

orientação no sentido de que o nível de ruído que caracteriza a insalubridade para contagem de tempo de serviço especial deve ser superior a 80 (oitenta) decibéis até a edição do Decreto nº 2.171/1997, de 05/03/1997, superior a 90 (noventa) decibéis entre a vigência do Decreto nº 2.171/1997 e a edição do Decreto nº 4.882/2003, de 18/11/2003, e após a entrada em vigor do Decreto nº 4.882/2003, ou seja, a partir de 19/11/2003, incide o limite de 85 (oitenta e cinco) decibéis, considerando o princípio *tempus regit actum*.

Ainda com relação à matéria, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o ARE 664.335/SC, em 04/12/2014, publicado no DJe de 12/02/2015, da relatoria do Ministro LUIZ FUX, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional nele suscitada e, no mérito, fixou o entendimento de que a eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria, quando o segurado estiver exposto ao agente nocivo ruído, bem assim 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. (...) 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.

No presente caso, a parte autora demonstrou haver laborado em atividade especial nos períodos de 13/07/78 a 02/06/82, 03/06/1982 a 23/10/1982, 03/11/82 a 31/03/83, 18/04/83 a 30/11/83, 01/12/83 a 31/03/84, 23/04/84 a 14/11/84, 19/11/84 a 13/04/85, 02/05/85 a 31/10/85, 11/11/85 a 15/05/86, 27/05/86 a 29/11/86, 01/12/86 a 15/04/87, 21/04/87 a 06/11/87, 09/11/87 a 30/03/88, 02/05/88 a 04/11/88, 07/11/88 a 07/04/89, 18/04/89 a 31/10/89, 06/11/89 a 05/03/97 e de 19/11/03 a 15/10/07. É o que comprovam o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, elaborado nos termos dos arts. 176 a 178, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 20, de 11 de outubro de 2007 (DOU - 11/10/2007) e art. 68, § 2º, do Decreto nº 3.048/99 (fls. 34/37) e o laudo técnico pericial elaborado por perito judicial (fls. 116/134), trazendo a conclusão de que a parte autora desenvolveu sua atividade profissional, na carpa de cana, com exposição aos agentes agressivos ruído e inseticidas. Referida atividade e agente agressivo são classificados como especiais, conforme os códigos 1.1.6 e 2.2.1 do Decreto nº 53.831/64 e código 1.1.5 e 1.2.10 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79, em razão da habitual e permanente exposição aos agentes ali descritos.

No tocante ao reconhecimento da atividade rural, como de natureza especial, anoto que em regra, não se considera especial a atividade na lavoura, a justificar a contagem diferenciada para fins previdenciários, eis que a atividade rural, por si só, não caracteriza a insalubridade.

Contudo, diversa é a situação dos autos, eis que se trata de trabalhador rural, na função de cultivador/cortador de cana-de-açúcar, sendo que os métodos de trabalhos são voltados à produção agrícola em escala industrial com intensa utilização de defensivos e exigência de alta produtividade dos trabalhadores. Há que se dar tratamento isonômico para fins previdenciários, à vista dos demais trabalhadores ocupados na agropecuária, atividade especial, prevista nos decretos previdenciários que regulam matéria.

Neste sentido vem decidindo esta eg. Turma: AC Nº 0014928-19.2014.4.03.9999/SP, Relatoria Desembargador Federal Sérgio Nascimento, j. 24/06/2014, DJ 30/07/2014.

Ademais, verifica-se que, na época em que laborava na cultura de cana, fazia aplicação e pulverização de inseticida, o que configura a atividade especial por todo o período de trabalho rural alegado.

Ressalte-se que não há que se falar em imprestabilidade da prova pericial, pois o laudo pericial produzido, por profissional de confiança do Juízo e equidistante dos interesses em confronto, fornece elementos suficientes para a formação da convicção do magistrado a respeito da questão. Além disso, apresenta-se completo, descrevendo de forma clara e inteligível as suas conclusões, bem como as razões em que se fundamenta.

Todavia, não é possível reconhecer como de natureza especial os períodos de 06/03/1997 a 18/11/2003 com base no agente agressivo ruído, pois o limite a que o autor estava submetido (86, 2 e 88,9 dB) é inferior ao legalmente exigido para o período em questão.

Desta forma, na data do requerimento administrativo, a parte autora não alcançou mais de 25 (vinte e cinco) anos de tempo de serviço especial, devendo apenas ser reconhecida a atividade especial exercida nos períodos de 13/07/78 a 02/06/82, 03/06/1982 a 23/10/1982, 03/11/82 a 31/03/83, 18/04/83 a 30/11/83, 01/12/83 a 31/03/84, 23/04/84 a 14/11/84, 19/11/84 a 13/04/85, 02/05/85 a 31/10/85, 11/11/85 a 15/05/86, 27/05/86 a 29/11/86, 01/12/86 a 15/04/87, 21/04/87 a 06/11/87, 09/11/87 a 30/03/88, 02/05/88 a 04/11/88, 07/11/88 a 07/04/89, 18/04/89 a 31/10/89, 06/11/89 a 05/03/97 e de 19/11/03 a 15/10/07.

No caso, não há falar em sucumbência recíproca, pois a parte autora decaiu de maior parte do pedido, relativo à concessão do benefício. Entretanto, com supedâneo em entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal (*STF; Ag. Reg. no Rec. Ext. nº 313.348/RS, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 15/04/2003, DJU 16/05/2003, p. 616*), a parte autora não está sujeita às verbas de sucumbência, por ser beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita.

Diante do exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO, TIDO POR INTERPOSTO, E À APELAÇÃO DO INSS**, para manter o reconhecimento da atividade especial apenas nos períodos de 13/07/78 a 02/06/82, 03/06/1982 a 23/10/1982, 03/11/82 a 31/03/83, 18/04/83 a 30/11/83, 01/12/83 a 31/03/84, 23/04/84 a 14/11/84, 19/11/84 a 13/04/85, 02/05/85 a 31/10/85, 11/11/85 a 15/05/86, 27/05/86 a 29/11/86, 01/12/86 a 15/04/87, 21/04/87 a 06/11/87, 09/11/87 a 30/03/88, 02/05/88 a 04/11/88, 07/11/88 a 07/04/89, 18/04/89 a 31/10/89, 06/11/89 a 05/03/97 e de 19/11/03 a 15/10/07 e julgar improcedente o pedido de concessão do benefício de aposentadoria especial, na forma da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0019919-09.2012.4.03.9999

(2012.03.99.019919-8)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: SOLANGE PEREIRA DUARTE

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE BOITUVA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Classe do Processo: ApelReex 1751351

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/10/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. L. 8.213/91, ART 74. COMPANHEIRO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. QUALIDADE DE SEGURADO NÃO DEMONSTRADA. SENTENÇA TRABALHISTA. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS/TESTEMUNHAS QUE PUDESSEM CONFIRMAR O VÍNCULO.

- 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 1.000 salários mínimos; esse preceito tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, não-obstante remetidos pelo juízo *a quo* na vigência do anterior Diploma Processual.

- A controvérsia cinge-se à qualidade de segurado do falecido.

- No caso, verifico que foi homologado acordo trabalhista, em ação ajuizada pelo espólio, reconhecendo vínculo empregatício do falecido no período de 20/06/03 a 20/12/03.

- No entanto, não foi apresentado qualquer documento que indicasse a existência da relação de emprego reconhecida. Ademais, o reclamado foi firme em afirmar que o falecido apenas prestava serviços para ele, em média de 01 ou 02 vezes por semana, geralmente às 5^{as}, das 6/6:30h até as 14h, sendo que recebia, em média R\$ 25,00 por dia. Ressalte-se que na certidão de óbito o falecido está qualificado como feirante.

- Nessa esteira, verifica-se que o falecido se enquadrava na categoria dos segurados contribuintes individuais, pelo que tinha o dever de recolher diretamente aos cofres da Previdência Social suas contribuições.

- Exsurge do conjunto probatório produzido, portanto, a demonstração de que o *de cujus* não era segurado da Previdência Social, de modo que a parte autora não faz jus ao benefício almejado.

- Remessa oficial não conhecida. Apelação do INSS 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 provimento ao apelo do INSS*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de outubro de 2016.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de ação em que a parte autora busca o reconhecimento de seu direito de receber pensão por morte na qualidade de companheira de Edson Tadeo da Silva, falecido em 19/05/04.

Foi proferida sentença às fls. 261-264, julgando procedente o pedido inicial.

Recurso de apelação do INSS (fls. 288-299).

A decisão de fls. 305-307, ao argumento de que faltou dilação probatória para demonstrar se o vínculo empregatício reconhecido em acordo firmado na trabalhista efetivamente existiu, anulou de ofício, a r. sentença.

Prova oral (fls. 319- 321).

A sentença, prolatada em 14/06/15, julgou procedente o pedido, condenando o INSS a conceder a pensão por morte à parte autora, a partir do requerimento administrativo (13/06/07- fl. 36). Foi determinada a remessa oficial (fls. 330-334).

Apelação do INSS requerendo a reforma do julgado, sob o fundamento de que não foi comprovada a união estável entre a demandante e o finado, tampouco a qualidade de segurado deste, sendo ineficaz a sentença trabalhista que homologou acordo. No mais, pede a modificação dos critérios de fixação da correção monetária e dos juros de mora e o termo inicial do benefício, bem como a redução dos honorários advocatícios.

Contrarrazões.

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

Intimação da parte autora para que possa esclarecer a ausência dos filhos menores no polo ativo da lide (fls. 387).

Esclarecimentos da parte autora (fls. 389-393).

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 394-398), pelo desprovimento do apelo do INSS.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Da remessa oficial

O novo Estatuto processual trouxe inovações no tema da remessa *ex officio*, mais especificamente, estreitou o funil de demandas cujo transitio 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, conseqüentemente, 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, nº 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.

No mérito, o benefício previdenciário (pensão por morte) está previsto na Lei nº 8.213/91, em seu artigo 74, no caso, com as alterações da Lei nº 9.032/95 e da Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1.997, *in verbis*:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

In casu, a ocorrência do evento morte, em 29/05/04, encontra-se devidamente comprovada pela certidão de óbito (fl. 20).

Quanto à condição de dependente do autor em relação ao *de cujus*, o art. 16 da Lei nº 8.213/91 dispõe que:

Art. 16: São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

(...)

§ 4º. A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Em suma, para requerimento de pensão por morte, basta ao cônjuge sobrevivente e aos filhos menores de 21 (vinte) anos comprovar a relação marital e de parentesco com o segurado previdenciário que veio a falecer, uma vez que dispõe o § 4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 (v. redação supra) que a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I da referida norma (entre elas, o cônjuge e os filhos menores de segurado falecido) é presumida.

Quanto à união estável entre a autora e o falecido, compõem o conjunto probatório produzido: certidão de nascimento de quatro filhos em comum (fls. 21-24); recibo, em nome da autora, do pagamento das despesas funerárias (fls. 27); boletim de ocorrência do óbito, em que consta a autora como presente no local dos fatos e declarante (fls. 28); declaração de óbito, na qual a autora é a declarante (fls. 29).

A questão controvertida cinge-se à existência de qualidade de segurado do falecido quando da ocorrência do óbito.

Em relação à qualidade de segurado, foi colacionado aos autos cópia da CTPS do falecido, na qual consta vínculo empregatício no período de 20/06/03 a 20/12/03, em decorrência de acordo homologado na Justiça do Trabalho, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 00804-2004-040-02-00-9.

Comungo do entendimento de que a simples homologação de acordo trabalhista, sem análise do conjunto probatório, por si só, é insuficiente para comprovar o labor durante determinado período e compelir o Instituto a reconhecê-lo.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO POR MEIO DE SENTENÇA trabalhista. MERO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR PARTE DO RECLAMADO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE PROVAS A SUBSIDIAR O PEDIDO.

I. “A sentença trabalhista será admitida como início de prova material, apta a comprovar o tempo de serviço, caso ela tenha sido fundada em elementos que evidenciem o labor exercido na função e o período alegado pelo trabalhador na ação previdenciária. Precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção” (EREsp 616.242/RN, 3ª Seção, Rel. Min^a Laurita Vaz, DJ 24/10/2005).

II. *In casu*, a sentença trabalhista tão-somente homologou acordo firmado entre as partes, no qual o reclamado reconheceu relação de emprego do reclamante, não tendo sido juntado, porém, qualquer elemento que evidenciasse, na ação trabalhista, que ele houvesse prestado serviço na empresa e no período alegado na ação previdenciária. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1128885/PB, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, v. u., DJe 30.11.09)

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO URBANO. ACORDO TRABALHISTA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. INEXISTÊNCIA. AVERBAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não serve como início de prova material acordo obtido em reclamatória trabalhista carente de acervo documental que comprove o vínculo empregatício, devendo a esse se atribuir valor probante equivalente à prova testemunhal.

2. Inviável a averbação, para fins previdenciários, do período pleiteado, uma vez que ausente

início de prova material da relação de emprego.

3. Sucumbente a parte-autora, esta deve ser condenada em custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), conforme a Lei 11.321, de 07-7-2006, observada a AJG. (TRF - 4ª Região, Sexta Turma, AC 200304010027520, Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus, v. u., DJ 05-06-2007)

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - RECONHECIMENTO POST MORTEM DO VÍNCULO TRABALHISTA - ACORDO HOMOLOGADO POR NA JUSTIÇA DO TRABALHO - PROVA MATERIAL - INEXISTÊNCIA - PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO.

1. A comprovação de tempo de serviço, para fins previdenciários, deve ter suporte em início de prova material.

2. Ausência de prova do exercício de atividade remunerada nos doze últimos meses que antecederam o falecimento do de cujus, implicando na falta de condição de segurado.

3. Apelação não provida. Sentença mantida.

(TRF 1ª Região AC 2002.01.99.035700-2, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Neuza Maria Alves da Silva, v. u., DJ 16.04.07 p.51)

TEMPO DE SERVIÇO URBANO. ACORDO EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA . INSUFICIÊNCIA DE PROVA.

O acordo celebrado na Justiça do Trabalho não constitui prova plena da relação de emprego, sendo insuficiente para o reconhecimento do tempo de serviço.

(TRF 4ª Região, AC nº 2003.71.09.003772-2, UF: SP, 6ª Turma, Rel. Juiz Federal José Francisco Andreotti Spizzirri, v.u., DE 18.11.09).

TEMPO DE SERVIÇO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SENTENÇA EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS.

Não serve como início de prova material de tempo de serviço a sentença que reconhece vínculo empregatício, proferida em reclamatória trabalhista na qual não foram produzidas quaisquer provas.

(TRF 4ª Região, AC nº 2003.71.09.003772-2, UF: SP, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Rômulo Pizzolatti, v.u., DE 16.07.09).

No caso, verifico que foi homologado acordo trabalhista, em ação ajuizada pelo espólio, reconhecendo vínculo empregatício do falecido no período de 20/06/03 a 20/12/03.

No entanto, não foi apresentado qualquer documento que indicasse a existência da relação de emprego reconhecida. Ademais, o reclamado foi firme em afirmar que o falecido apenas prestava serviços para ele, em média de 01 ou 02 vezes por semana, geralmente às 5ªs, das 6/6:30h até as 14h, sendo que recebia, em média R\$ 25,00 por dia. Ressalte-se que na certidão de óbito o falecido está qualificado como feirante.

Nessa esteira, verifica-se que o falecido se enquadrava na categoria dos segurados contribuintes individuais, pelo que tinha o dever de recolher diretamente aos cofres da Previdência Social suas contribuições.

Exsurge do conjunto probatório produzido, portanto, a demonstração de que o *de cujus* não era segurado da Previdência Social, de modo que a parte autora não faz jus ao benefício almejado.

Nesse sentido a jurisprudência do E. STJ:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA.

1. Havendo similitude das teses desenvolvidas nos acórdãos em confronto, inviável a oposição dos embargos de divergência.
2. “A perda da qualidade de segurado, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício pensão por morte” (AgRg EREsp 547.202/SP, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ de 24/4/2006).
3. Agravo regimental conhecido, mas improvido. (STJ, AERESP 314402, proc. 200201262830, UF: PR, 3ª Seção, DJ: 04.12.06, p. 260).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO.

1. “A perda da qualidade de segurado, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício pensão por morte.” (AgRgERESP nº 547.202/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, *in* DJ 24/4/2006).
2. A perda da qualidade de segurado constitui óbice à concessão da pensão por morte quando o de cujus não chegou a preencher, antes de sua morte, os requisitos para obtenção de qualquer aposentadoria concedida pela Previdência Social, tal como ocorre nas hipóteses em que, embora houvesse preenchido a carência, não contava com tempo de serviço ou com idade bastante para se aposentar.
3. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 1019285, proc. 200703085658, UF: SP, 6ª Turma, DJE: 01.09.08).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. DE CUJUS. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO.

1. É assegurada a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do de cujus que, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, tenha preenchido os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria, antes da data do falecimento. *In casu*, não satisfeita tal exigência, os dependentes do falecido não têm direito ao benefício pleiteado.
2. Decisão agravada que se mantém por seus próprios fundamentos.
3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 839312, proc. 200600727453, UF: SP, 3ª Seção, DJ: 18.09.06, p. 368).

Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte, deixo de condenar a parte autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, pois que beneficiária da assistência judiciária gratuita (TRF - 3ª Seção, AR nº 2002.03.00.014510-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 10.05.2006, v.u., DJU 23.06.06, p. 460).

Posto isso, NÃO CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL E DOU PROVIMENTO AO APELO DO INSS, para julgar improcedente o pedido.

É como voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0027996-70.2013.4.03.9999
(2013.03.99.027996-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: PRISCILA APARECIDA COLONISI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE MACATUBA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CLÁUDIO SANTOS
Classe do Processo: AC 1885310
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2016

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS E INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM AFASTADAS. TÉRMINO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO, SEM JUSTA CAUSA, DURANTE A GESTAÇÃO. SEGURADA NO PERÍODO DE GRAÇA. ARTIGO 15, INCISO II, DA LEI Nº 8.213/91. RECURSO DESPROVIDO.

1 - Preliminar de ilegitimidade passiva do INSS fundamentada na obrigatoriedade do pagamento do benefício diretamente pela empresa.

2 - Autora demitida durante a gestação, sem anotação de justa causa. Demonstrada, nos autos, a manutenção da condição de segurada ao tempo do nascimento do filho.

3 - Eventual responsabilidade do ex-empregador traduz-se em questão de *res inter alios* em relação à segurada.

4 - Trata-se de benefício essencialmente previdenciário, cuja obrigação primária, portanto, é do órgão previdenciário. Não cabe a este transferir sua responsabilidade a terceiro, apenando indevidamente quem já está em situação de fragilidade pela demissão indevida.

5 - Verificada a legitimidade passiva do INSS, competente a Justiça comum e não a trabalhista.

6 - Apelação do INSS desprovida.

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 do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de setembro de 2016.

Juiz Federal Convocado CLÁUDIO SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CLÁUDIO SANTOS (Relator):

Trata-se de apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL -

INSS, em ação ajuizada por PRISCILA APARECIDA COLONISI, objetivando a concessão do benefício de salário-maternidade.

A r. sentença de fls. 34/38 julgou procedente o pedido inicial e condenou o INSS no pagamento do salário-maternidade à parte autora, desde a data do nascimento (23/7/2012), com correção monetária e juros de mora fixados nos termos da Lei 9.494/97, na redação dada pela Lei 11.960/09, além de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Sentença não submetida ao reexame necessário.

Em razões recursais de fls. 40/42, o INSS sustenta sua ilegitimidade passiva e a incompetência da Justiça Comum. Subsidiariamente, requer o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, para denúncia à lide do empregador.

Devidamente processado o recurso, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CLÁUDIO SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CLÁUDIO SANTOS (Relator):

Rejeito as preliminares apresentadas pelo Réu.

A preliminar de ilegitimidade passiva do INSS tem como fundamento o fato de ser o benefício pago diretamente pela empresa. Ocorre que essa circunstância não lhe atribui a qualidade de sujeito passivo da obrigação, que permanece com o órgão previdenciário, pois os empregadores descontam o valor respectivo das contribuições a pagar sobre a folha de salários.

No caso dos autos, a cópia da CTPS de fls. 11/12 e o extrato CNIS de fl. 24 comprovam que a Autora manteve vínculo empregatício nos períodos de 01/11/2008 a 25/02/2010 e 01/12/2011 a 28/02/2012, data em que cessado o último vínculo.

Ademais, a cópia da certidão de nascimento de fl. 13 comprova que o filho da requerente nasceu em 23/07/2012.

O artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.213/91 estabelece que é mantida a qualidade de segurado, independentemente de contribuições, por até doze (doze) meses após a cessação das contribuições, àquele que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social.

Logo, não há dúvida de que a Autora mantinha a condição de segurada ao tempo do nascimento de seu filho, visto que se encontrava no chamado período de graça (art. 15, II, da Lei 8.213/91).

Nesse sentido, se o fato de ter demitido a Autora durante a gestação implica em responsabilidade do ex-empregador, trata-se de questão de *res inter alios* em relação à segurada. O INSS, se entende que tem direito, deve buscar o ressarcimento do valor perante a empresa faltosa, não cabendo a transferência da obrigação essencialmente previdenciária a terceiro se a empregada permanece em período de graça, ou seja, mantém a qualidade de segurada.

Não se olvide que se trata de benefício essencialmente previdenciário, cuja obrigação primária, portanto, é do órgão previdenciário, de forma que a relação que se estabelece é também previdenciária, com sujeito ativo e passivo, obviamente, o segurado e o Instituto. Não cabe a

este transferir sua responsabilidade a terceiro, apenando indevidamente quem já está em situação de fragilidade pela demissão indevida.

Com a análise anterior, resta prejudicada a alegada incompetência absoluta, porquanto a causa não se refere a empregado e empregador, mas a segurado e o órgão previdenciário, sendo, portanto, competente a Justiça comum e não a trabalhista.

Finalmente, tendo em vista os fundamentos acima, rejeito o pleito de denúncia da lide do ex-empregador, pois não se trata o caso de nenhuma das hipóteses previstas no artigo 70, do CPC/73 (artigo 125, do CPC/2015), cuja leitura deve ser restritiva.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso de apelação do INSS.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CLÁUDIO SANTOS - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0009659-98.2014.4.03.6183

(2014.61.83.009659-0)

Agravantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E NEIDE NASCIMENTO BARATELLI PINTO (= ou > de 60 anos)

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 93/97

Apelante: NEIDE NASCIMENTO BARATELLI PINTO (= ou > de 60 anos)

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Classe do Processo: AC 2136381

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2016

EMENTA

AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. RENÚNCIA DE BENEFÍCIO. CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO POSTERIOR AO AFASTAMENTO. NÃO DEVOLUÇÃO DOS VALORES JÁ RECEBIDOS DA APOSENTADORIA PRETERIDA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO. DANOS MORAIS. NÃO INCIDÊNCIA.

I- A existência de Repercussão Geral sobre o tema não implica sobrestamento dos recursos nos quais a matéria se faz presente.

II- Recurso da parte autora parcialmente conhecido, dada a falta de interesse em recorrer relativamente à fixação dos honorários sucumbenciais, uma vez que a decisão agravada foi proferida nos exatos termos de seu inconformismo.

III- Com relação ao prazo decadencial de 10 (dez) anos (art. 103, da Lei nº 8.213/91), a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.348.301-SC, de relatoria do E. Ministro Arnaldo Esteves Lima, em sessão de 27/11/13, firmou posicionamento no sentido de que o mencionado art. 103, da Lei de Benefícios não se aplica às ações nas quais se discute a desaposentação, sob o fundamento de que a decadência prevista na referida norma estabelece prazo para o segurado postular a revisão do ato de concessão de benefício - o qual, se modificado, importará pagamento retroativo -, diferente do que ocorre na renúncia ao benefício em manutenção.

IV- O C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.334.488-SC, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin, firmou posicionamento no sentido de ser possível a renúncia de benefício previdenciário, visando à concessão de outro mais vantajoso, com o cômputo de tempo de contribuição posterior ao afastamento, sem a devolução das parcelas já recebidas da aposentadoria desfeita.

V- *In casu*, a parte autora comprovou ser beneficiária de aposentadoria, bem como o exercício de atividade laborativa após o jubramento.

VI- Preenchidos, no presente caso, os requisitos necessários ao deferimento do pedido de renúncia do benefício previdenciário, com a concessão de outro mais vantajoso, computando-se tempo de contribuição posterior ao afastamento, sem a devolução dos

valores já recebidos da aposentadoria preterida.

VII- No tocante ao pedido de indenização por dano moral requerido pela parte autora, não constitui ato ilícito, por si sós, o indeferimento, cancelamento ou suspensão de benefício previdenciário pelo INSS, a ponto de ensejar reparação moral, uma vez que a autarquia atua no seu legítimo exercício de direito, possuindo o poder e o dever de deliberar sobre os assuntos de sua competência, sem que a negativa de pedido ou a opção por entendimento diverso do segurado acarrete indenização por dano moral.

VIII- Agravo da parte autora parcialmente conhecido. Matéria preliminar rejeitada. No mérito, agravos improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer de parte do agravo da parte autora, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, negar provimento aos recursos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de outubro de 2016.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão monocrática publicada na vigência do CPC/73 (art. 557, § 1º) que, nos autos da ação visando à renúncia de benefício previdenciário, com a concessão de outro mais vantajoso, computando-se tempo de contribuição posterior ao jubileamento, sem a devolução das parcelas já recebidas da aposentadoria preterida, deu parcial provimento à apelação da parte autora para condenar a autarquia à concessão de nova aposentadoria a partir da citação, na forma da fundamentação apresentada, e indeferiu o pedido de tutela antecipada.

Agravou a parte autora, requerendo a condenação da autarquia ao pagamento de indenização por dano moral, bem como ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Também agravou a autarquia, alegando em breve síntese:

a) Preliminarmente:

- a necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento final, pelo C. STF, da Repercussão Geral no RE 626.489/SE;
- a ocorrência da decadência e
- a exigência de observância da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal e na Súmula Vinculante nº 10 do C. STF.

b) No mérito:

- a existência de vedação legal à utilização das contribuições posteriores à aposentadoria para a obtenção de novo benefício ou elevação daquele já auferido;
- as contribuições dos aposentados que retornam ou permanecem em atividade laborativa devem ser utilizadas apenas para o custeio do sistema e não para o recálculo de benefício já concedido;

- a opção feita pelo próprio segurado para perceber um benefício com renda menor, mas por mais tempo, não pode ser posteriormente desfeita, causando prejuízos à previdência social;

- o ato jurídico perfeito não pode ser alterado unilateralmente, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal;

- a violação ao art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, sob o fundamento de não se tratar de mera desaposentação, mas sim de revisão do percentual da aposentadoria proporcional e

- a violação aos arts. 194 e 195 da Constituição Federal.

- Caso não sejam acolhidas as alegações acima mencionadas, requer a devolução dos proventos recebidos de forma integral, com incidência de juros e correção monetária.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Inicialmente, no que tange ao agravo da parte autora, devo ressaltar que o mesmo será parcialmente conhecido, dada a falta de interesse em recorrer relativamente à fixação dos honorários sucumbenciais, uma vez que a R. decisão agravada foi proferida nos exatos termos de seu inconformismo.

Passo à análise da parte conhecida do recurso da parte autora.

No tocante ao pedido de indenização por dano moral requerido pela parte autora, conforme exposto na R. decisão agravada, em que pese a natureza alimentar das prestações previdenciárias, não constitui ato ilícito, por si só, o indeferimento, cancelamento ou suspensão de benefício previdenciário pelo INSS, a ponto de ensejar reparação moral, uma vez que a autarquia atua no seu legítimo exercício de direito, possuindo o poder e o dever de deliberar sobre os assuntos de sua competência, sem que a negativa de pedido ou a opção por entendimento diverso do segurado acarrete indenização por dano moral.

Passo ao exame do recurso da autarquia.

Preliminarmente, com relação ao prazo decadencial de 10 (dez) anos (art. 103, da Lei nº 8.213/91), ressalto que a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.348.301-SC*, de relatoria do E. Ministro Arnaldo Esteves Lima, em sessão de 27/11/13, firmou posicionamento no sentido de que o mencionado art. 103, da Lei de Benefícios não se aplica às ações nas quais se discute a desaposentação, sob o fundamento de que a decadência prevista na referida norma estabelece prazo para o segurado postular a revisão do ato de concessão de benefício - o qual, se modificado, importará pagamento retroativo -, diferente do que ocorre na renúncia ao benefício em manutenção.

Conforme destacado na R. decisão agravada, a existência de Repercussão Geral sobre o tema não implica sobrestamento dos recursos nos quais a matéria se faz presente.

Cumprido ressaltar que não havendo declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se falar em incidência da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal e na Súmula Vinculante nº 10 do C. STF.

Quanto ao mérito, razão não assiste à agravante.

Conforme decidi a fls. 97/101, *in verbis*:

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social com pedido de renúncia de benefício previdenciário, visando à concessão de outro mais vantajoso, com o cômputo de tempo de contribuição posterior ao afastamento, sem a devolução das parcelas já recebidas da aposentadoria preterida, bem como danos morais. Pleiteia, ainda, a tutela antecipada.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita e indeferida a antecipação da tutela.

O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apelou a parte autora, requerendo a reforma integral da sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Passo ao exame do mérito.

O C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.334.488-SC, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin, firmou posicionamento no sentido de ser possível a renúncia de benefício previdenciário, visando à concessão de outro mais vantajoso, com o cômputo de tempo de contribuição posterior ao afastamento, sem a devolução das parcelas já recebidas da aposentadoria desfeita.

Nesse sentido, transcrevo o julgado abaixo, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.”

(STJ, Primeira Seção, Recurso Especial nº 1.334.488-SC, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 8/5/13, vu, DJe 14/5/13, grifos meus)

A Terceira Seção desta E. Corte, ao apreciar os Embargos Infringentes nº 0011300-58.2013.4.03.6183/SP, de Relatoria da E. Desembargadora Federal Lúcia Ursai, adotou o mesmo entendimento firmado pelo C. STJ, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. LIMITES DA DIVERGÊNCIA.

1. Recurso parcialmente conhecido, com exceção da matéria relativa à decadência, uma vez que não foi objeto de dissenso.
2. *O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por sua PRIMEIRA SEÇÃO com competência nas questões previdenciárias - ao julgar o Recurso Especial 1334488/SC, sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ 8/2008, estabeleceu que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubileamento.*
3. O Colendo Supremo Tribunal, no Recurso Extraordinário nº 381367, pendente de julgamento definitivo, já sinalizou pelo voto do Exmo. Ministro Marco Aurélio, no sentido da procedência do pedido de desaposeção.
4. *Prevalência do voto vencedor.* Embargos infringentes parcialmente conhecidos e improvidos.”

(TRF 3ª Região, Embargos Infringentes nº 0011300-58.2013.4.03.6183/SP, 3ª Seção, Relatora Desembargadora Federal Lúcia Ursaia, j. 15/10/15, p. m., DJe 22/10/15)

Objetivando não dificultar ainda mais a prestação jurisdicional do Estado, já de si serôdia e pachorrenta, passei a adotar a orientação jurisprudencial acima mencionada, ressalvando, no entanto, o meu entendimento, transcrito a seguir:

“Primeiramente, observo que, não obstante o art. 181-B do Decreto nº 3.048/99 disponha que ‘as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis’, é inegável dizer que a aposentadoria, dado o seu caráter patrimonial, é direito renunciável.

Com efeito, doutrinam Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior em ‘Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social’, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2008, que ‘a renúncia é o ato jurídico mediante o qual o titular de um direito dele se despoja, sem transferi-lo a outra pessoa, quando inexiste vedação legal. Trata-se de uma modalidade de extinção de direitos aplicável, basicamente, aos direitos patrimoniais, pois ninguém está obrigado a exercer direito que possui. Considerando o fato de a aposentadoria ser um benefício de prestação continuada destinada a substituir os proventos auferidos pelo trabalhador - enquanto exercia atividade laboral, assegurando-lhe o mínimo indispensável para a sua subsistência - é inquestionável que se trata de direito patrimonial e, portanto, disponível, a não ser que a lei disponha em sentido contrário’.

Dessa forma, o aludido artigo deve ser interpretado em consonância com o disposto no artigo 18, §2º, da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

‘§ 2º. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.’

Assim, a regra que se deve adotar é a de que não é vedada a mera renúncia a benefício previdenciário, mas, sim, a de que é defeso ao segurado, após concluído o ato administrativo que lhe concedeu a aposentadoria, desfazê-lo para, valendo-se do tempo de serviço já utilizado no cômputo daquele que pretende renunciar, somado às contribuições efetuadas posteriormente à data da aposentação, pleitear novo benefício, sem restituir os valores já recebidos.

E é exatamente essa renúncia condicionada à concessão de outro benefício mais vantajoso o que pretende a parte autora na presente ação.

Impende destacar que, no julgamento do RE nº 437.640-7, o C. Supremo Tribunal Federal afastou a arguição de inconstitucionalidade da contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade, - prevista no art. 11, §3º, da Lei nº 8.213/91, incluído pela Lei nº 9.032/95 -, prevalecendo o entendimento de que tal contribuição está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social e que o artigo 201, § 4º, da Constituição

Federal ‘remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios’, bem como da rejeição da necessária correspondência entre contribuição e incremento dos proventos, consoante acórdão assim ementado:

‘Contribuição previdenciária: aposentado que retorna à atividade: CF, art. 201, § 4º; L. 8.212/91, art. 12: aplicação à espécie, mutatis mutandis, da decisão plenária da ADIn 3.105, red.p/acórdão Peluso, DJ 18.2.05.

A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195); o art. 201, § 4º, da Constituição Federal “remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios”. (STF, RE nº 437.640-7, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 5/9/06, DJ 2/3/07)

Em feliz passagem de seu voto, o E. Relator Ministro Sepúlveda Pertence asseverou:

‘Estou (...) de acordo com a primeira parte da mesma decisão, no que afirma que a contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195); e, mais, em que o art. 201, § 4º, CF, ‘remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios’.

Portanto, as contribuições recolhidas pelo aposentado que permanecer em atividade sujeita ao Regime Geral de Previdência Social, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado, conforme previsto no art. 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Cumpre ressaltar ainda que não se cuida, *in casu*, de renúncia para efeito de contagem recíproca de tempo de serviço, por ter a parte autora ingressado em outro regime.

Por fim, haja vista o princípio da legalidade a que estão submetidos os atos do INSS, a desaposeção não pode ter sua análise restrita ao direito à renúncia pelo segurado, devendo ser examinada a sua possibilidade ou impossibilidade dentro de ordenação jurídica.

Como se não bastasse a vedação imposta pelo art. 18, §2º, da Lei de Benefícios, forçoso reconhecer que o veto do Presidente da República ao Projeto de Lei nº 7.154/02 - o qual visava acrescentar ao art. 96 da Lei nº 9.213/91 a possibilidade de renúncia à aposentadoria e aproveitamento do tempo na contagem para outro benefício - corrobora as alegações de ausência de amparo legal para a desaposeção.

Assim, na ausência de autorização legal para o desfazimento do ato administrativo que concedeu a aposentadoria, não há como possa ser julgado procedente o pedido da parte autora.”

Destaco, ainda, que a existência de Repercussão Geral sobre o tema não implica sobrestamento das apelações nas quais a matéria se faz presente.

Passo à análise do caso concreto.

A parte autora ajuizou a presente ação em 20/10/14, comprovando ser beneficiária de aposentadoria por tempo de contribuição, com data de início de benefício (DIB) em 1º/3/05, bem como o exercício de atividade laborativa após o jubileamento.

Dessa forma, deve ser deferido o pedido de renúncia do benefício previdenciário, concedendo-se outro mais vantajoso, com o cômputo do tempo de contribuição posterior ao afastamento, sem a devolução dos valores já recebidos da aposentadoria preterida.

Ressalto que o valor exato do novo benefício deve ser aferido no momento da execução do julgado.

O termo inicial de concessão do benefício deve ser fixado na data da citação, momento em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

Considerando que o art. 124 da Lei nº 8.213/91 veda o recebimento conjunto de duas aposentadorias, deve haver a compensação dos valores recebidos a título de benefício em manutenção a partir do início da nova aposentadoria concedida na presente ação.

A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, nos termos do art. 219, do CPC.

Com relação aos índices a serem adotados, quadra ressaltar que o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, 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. No entanto, em sessão de 16/4/15, o referido Plenário reconheceu a existência de nova Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947. Isso porque, segundo o voto do E. Relator Ministro Luiz Fux, diversos tribunais locais vêm elastecendo o pronunciamento dado nas referidas ADIs, consoante trechos abaixo transcritos, *in verbis*:

(...)

Dessa forma, não sendo possível aferir nesta fase processual, com segurança, a efetiva extensão e alcance do provimento judicial a ser dado à referida matéria pela nossa mais alta Corte de Justiça, opto por determinar que os índices de correção monetária e juros moratórios sejam fixados no momento da execução do julgado, quando as partes terão ampla oportunidade para discutir e debater a respeito.

Com relação aos honorários advocatícios, nos exatos termos do art. 20 do Código de Processo Civil:

(...)

No presente caso - vencida a Autarquia Federal - admite-se a fixação dos honorários em percentual sobre o valor da condenação, à força de apreciação equitativa, conforme o § 4º do art. 20 do CPC. No entanto, malgrado ficar o juiz liberto das balizas representadas pelo mínimo de 10% e o máximo de 20% indicados no § 3º do art. 20 do Estatuto Adjetivo, não se deve olvidar a regra básica segundo a qual os honorários devem guardar correspondência com o benefício trazido à parte, mediante o trabalho prestado a esta pelo profissional e com o tempo exigido para o serviço, fixando-se os mesmos, portanto, em atenção às alíneas “a”, “b” e “c” do art. 20, § 3º.

Assim raciocinando, entendo que, em casos como este, a verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado.

No que se refere à sua base de cálculo, devem ser consideradas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111, do C. STJ.

No tocante ao pedido de indenização por dano moral requerido pela parte autora, não constitui ato ilícito, por si só, o indeferimento, cancelamento ou suspensão de benefício previdenciário pelo INSS, a ponto de ensejar reparação moral, uma vez que a autarquia atua no seu legítimo exercício de direito, possuindo o poder e o dever de deliberar sobre os assuntos de sua competência, sem que a negativa de pedido ou a opção por entendimento diverso do segurado acarrete em indenização por dano moral.

Nesse sentido, já decidiu esta E. Corte, in verbis:

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO. LEGALIDADE. NEXO CAUSAL AFASTADO. PREJUÍZOS EXTRAPATRIMONIAIS NÃO DEMONSTRADOS. INDENIZAÇÃO DESCABIDA.

1. Eventual rejeição de pedido de concessão de benefício previdenciário insere-se no âmbito das atribuições do INSS, não havendo ilicitude nesse comportamento.

2. Meros dissabores não podem ser elevados à condição de danos morais. Precedentes do C. STJ.

3. Não comprovado o nexo causal entre os supostos prejuízos sofridos e o ato administrativo da autarquia, bem assim a ocorrência de abalo psíquico anormal para a hipótese, não se há falar em indenização por danos materiais ou morais.”

(TRF - 3ª Região, AC 2007.61.16.000637-1, 6ª Turma, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, j. 31/7/2014, v.u., DE de 8/8/2014)

Por fim, quanto ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela, não verifico, *in casu*, a presença dos pressupostos exigidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil.

Com efeito, embora se trate de benefício de caráter alimentar, ausente o perigo de dano, tendo

em vista que a parte autora já percebe benefício previdenciário, o que afasta, por si só, o caráter emergencial da medida.

Ante o exposto, e com fundamento no art. 557, do CPC, dou parcial provimento à apelação da parte autora para condenar a autarquia à concessão de nova aposentadoria a partir da citação, na forma acima indicada, e indefiro o pedido de tutela antecipada.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, baixem os autos à Vara de origem. Int. (grifos meus)

No tocante ao mérito, passei a adotar - por questões de política judiciária e não por convicções pessoais - o posicionamento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.334.488-SC*, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin, bem como a jurisprudência dominante da Terceira Seção deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região (*Embargos Infringentes nº 0011300-58.2013.4.03.6183/SP*, de Relatoria da E. Desembargadora Federal Lúcia Ursaia), no sentido de ser possível a renúncia de benefício previdenciário, visando à concessão de outro mais vantajoso, com o cômputo de tempo de contribuição posterior ao afastamento, sem a devolução das parcelas já recebidas da aposentadoria desfeita, ressalvando, sempre, contudo, meu entendimento em sentido contrário, conforme acima assinalado.

Considerando que a *Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 661.256* (na qual se discute justamente a questão da desaposentação) ainda não foi apreciada pelo C. Supremo Tribunal Federal, adoto o posicionamento, ora prevalecente, do C. Superior Tribunal de Justiça firmado no mencionado Recurso Especial Representativo de Controvérsia, com a ressalva retro assinalada. O E. Relator Ministro Herman Benjamin, em seu voto, afirmou que as contribuições do segurado aposentado são destinadas ao custeio da Seguridade Social (art. 11, § 3º, da Lei nº 8.212/91), não podendo ser utilizadas para outros fins, salvo as prestações de salário-família e reabilitação profissional (art. 18, § 2º, da Lei de Benefícios). No entanto, sedimentou-se na Corte Superior a posição de que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, conseqüentemente, renunciáveis. Outrossim, considerou desnecessária a devolução dos valores recebidos da aposentadoria desfeita, tendo em vista os inúmeros julgados existentes no C. STJ.

Considerando que, nos agravos, não foram apresentados fundamentos aptos a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado.

Por fim, ressalto que foram analisados todos os argumentos suscitados pelos recorrentes capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no *decisum* recorrido.

Ante o exposto, não conheço de parte do agravo da parte autora, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, nego provimento aos recursos.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0009598-07.2015.4.03.9999
(2015.03.99.009598-9)

Apelante: THIAGO DA SILVA DIAS

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: AC 2048745

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. ARTIGO 18, § 1º, DA LEI Nº 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC nº 150/2015. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL/AUTÔNOMO. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA DESPROVIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA.

- Análise do recurso de apelação nos limites do pedido formulado pelo recorrente, pois não impugna a Sentença na parte que não acolheu o pleito de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. O recurso colima a reforma da Decisão guerreada para que o INSS seja compelido a pagar-lhe o benefício de auxílio-acidente previdenciário.

- O laudo médico pericial afirma que a parte autora, tendo como profissão vendedor/músico, atualmente desempregada, relata que em maio de 2012 sofreu queda de escada, ocasionando amputação do 4º quirodático esquerdo devido à aliança que usava. Refere que continua tocando violão, porém com maior dificuldade. O jurisperito conclui que se trata de acidente típico e há incapacidade parcial e permanente para atividades que exijam plena capacidade do uso e/ou destreza da mão esquerda, contudo, não há incapacidade para sua função habitual de vendedor. Anota que a data de início da incapacidade é a data do acidente, em 03/05/2012.

- O benefício de auxílio-acidente somente é devido quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução da capacidade laborativa e a função desempenhada pela parte autora (vendedora), por meio de lesões já consolidadas, cuja redução na capacidade para o trabalho não restou comprovada nos presentes autos. Observo, ainda, que o benefício em comento visa a indenizar a incapacidade para o labor, e não a lesão em si.

- Consta do CNIS do autor, que após a cessação de seu último vínculo empregatício como vendedor em comércio de roupas, que se deu em 19/01/2011, se filiou no RGPS como contribuinte individual a partir de 11/2011. Após o acidente noticiado, recebeu auxílio-doença, de 03/05/2012 até 06/09/2012 e depois da cessação do benefício, continuou vertendo contribuições como contribuinte individual.

- Ainda que o entendimento fosse pela redução da capacidade laborativa, uma vez que o recorrente se qualifica como músico também, o seu pleito não merece amparo, pois há óbice intransponível à sua concessão. A teor do disposto no artigo 18, § 1º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela LC nº 150/2015, somente podem usufruir do auxílio-acidente as seguintes categorias de segurados: empregado, trabalhador avulso, segurado especial e o empregado doméstico.

- Em razão de o autor ser autônomo/contribuinte individual não faz jus ao benefício de auxílio-acidente. Precedentes do C. STJ e desta Corte.
- Negado provimento à Apelação da parte autora. Sentença mantida.

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, 26 de setembro de 2016.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Apelação interposta por THIAGO DA SILVA DIAS em face da r. Sentença que julgou improcedente o pedido de concessão benefício previdenciário por incapacidade laborativa.

O autor pugna pela condenação da autarquia previdenciária para que lhe conceda o benefício de auxílio-acidente desde o evento acidente. Assevera que outrora exerceu a função de vendedor, todavia, atualmente é músico, bem como o laudo médico pericial apresenta indícios favoráveis por conta do dedo perdido, pois o perito judicial reconheceu a redução da capacidade do recorrente.

Subiram os autos, sem contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Inicialmente, ater-me-ei aos limites do pedido formulado no recurso de apelação, pois a parte autora não impugna a Sentença na parte que não acolheu o pleito de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. O recurso colima a reforma da Decisão guerreada para que o INSS seja compelido a pagar-lhe o benefício de auxílio-acidente previdenciário.

Assim, com relação ao auxílio-acidente, disciplina o artigo 86 da Lei nº 8.213/91:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Destacado o artigo que disciplina o benefício de auxílio-acidente, passo a analisar o caso concreto.

O laudo médico pericial (fls. 85/91) elaborado em 10/05/2014, afirma que a parte autora, de 28 anos de idade, tendo como profissão vendedor/músico, atualmente desempregada, relata que em maio de 2012 sofreu queda de escada, ocasionando amputação do 4º quirodáctilo esquerdo devido à aliança que usava. Refere que continua tocando violão, porém com maior dificuldade. O jurisperito conclui que se trata de acidente típico e há incapacidade parcial e permanente para atividades que exijam plena capacidade do uso e/ou destreza da mão esquerda, contudo, não há incapacidade para sua função habitual de vendedor. Anota que a data de início da incapacidade é a data do acidente, em 03/05/2012.

Vale ressaltar que o benefício de auxílio-acidente somente é devido quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução da capacidade laborativa e a função desempenhada pela parte autora (vendedora), por meio de lesões já consolidadas, cuja redução na capacidade para o trabalho não restou comprovada nos presentes autos. Observo, ainda, que o benefício em comento visa a indenizar a incapacidade para o labor, e não a lesão em si.

De outro lado, consta do CNIS do autor, que após a cessação de seu último vínculo empregatício como vendedor em comércio de roupas, que se deu em 19/01/2011, se filiou no RGPS como contribuinte individual a partir de 11/2011. Após o acidente noticiado, recebeu auxílio-doença, de 03/05/2012 até 06/09/2012 e depois da cessação do benefício, continuou vertendo contribuições como contribuinte individual. (fls. 56/57).

Portanto, ainda que o entendimento fosse pela redução da capacidade laborativa, uma vez que o recorrente se qualifica como músico também, o seu pleito não merece amparo, pois há óbice intransponível à sua concessão. A teor do disposto no artigo 18, § 1º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela LC nº 150/2015, somente podem usufruir do auxílio-acidente as seguintes categorias de segurados: empregado, trabalhador avulso, segurado especial e o empregado doméstico.

Em razão de o autor ser autônomo/contribuinte individual não faz jus ao benefício de auxílio-acidente.

Destaco, a propósito, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

EMEN: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. BENEFÍCIO INDEVIDO AO TRABALHADOR AUTÔNOMO. PROVIMENTO NEGADO.

1. Nos termos do art. 18, I, §1º, da Lei nº 8.213/com a redação dada pela LC nº 150/2015, “somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I, II, VI e VII do art. 11 desta lei”, ou seja, o segurado empregado, o empregado doméstico, o trabalhador avulso e o segurado especial, não figurando nesse rol o trabalhador autônomo, atualmente, classificado como contribuinte individual pela Lei nº 9.876/1999.

2. Os trabalhadores autônomos assumem os riscos de sua atividade e, como não recolhem contribuições para custear o acidente de trabalho, não fazem jus ao auxílio-acidente.

Precedente da Terceira Seção.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AGRESP 200902381037 AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1171799, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Decisão: 10/11/2015, v.u., DJE: 25/11/2015)

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-ACIDENTE. LEI Nº 8.213/91. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA CONCESSÃO A SEGURADO AUTÔNOMO.

I. Sob a égide da Lei nº 8.213/91, inexistente previsão legal para a concessão de auxílio-acidente a segurado autônomo.

(TRF3, AC 0044502532015403999, AC-APELAÇÃO CÍVEL - 2121138, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, Decisão: 30/05/2016, v.u., e-DJF3 Judicial 1 Data: 13/06/2016)

Ante o exposto, nego provimento à Apelação da parte autora, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0039862-07.2015.4.03.9999

(2015.03.99.039862-7)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 113/115

Parte Autora: CIRO DE ASSIS BARBOSA CASSOLA

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA DE RIO CLARO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Classe do Processo: ApelReex 2109705

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. REVISÃO. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EM ESPECIAL. PERICULOSIDADE. TRABALHO EM QUADRO DE FORÇA PRÓXIMO A RESERVATÓRIOS DE COMBUSTÍVEIS. RECONHECIMENTO DO RISCO DA ATIVIDADE, INDEPENDENTEMENTE DO EXERCÍCIO LABORAL TAMBÉM SER REALIZADO EM AMBIENTE SEM AGENTE PERIGOSO. PODERES DO RELATOR. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO CARACTERIZADOS.

- E dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

- O denominado agravo legal tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

- Decisão que não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

- 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 legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de setembro de 2016.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pelo INSS em face da decisão de fls. 113/115, proferida em sede de reconsideração, que negou provimento à apelação autárquica e deu parcial provimento à remessa oficial, em ação que objetiva a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.

Em suas razões de inconformismo, pugna o INSS pela reforma da decisão agravada, ao fundamento de que o autor não comprovou nos autos o exercício de atividade especial.

Sem manifestação da parte contrária.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Não obstante a vigência do novo Código de Processo Civil, a decisão, ora agravada, foi prolatada sob a égide do Código de Processo Civil anterior, observando o entendimento pacífico desta Corte e dos Tribunais Superiores.

A decisão ora recorrida encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

...

Trata-se de agravo legal (art. 557, §1º, do CPC) oposto por CIRO DE ASSIS BARBOSA contra a decisão monocrática de fls. 103/107, que rejeitou a matéria preliminar e deu provimento à remessa oficial e à apelação do réu, em ação objetivando a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.

Em razões recursais de fls. 109/112, sustenta o agravante ter laborado em condições perigosas, conforme laudo produzido na Justiça do Trabalho.

Vistos em juízo de retratação, nos termos do art. 557, § 1º, do CPC.

A decisão ora recorrida, no particular, encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

“(…)

Ao caso dos autos.

O laudo pericial produzido no Juízo trabalhista (fls. 20/28) informa que o requerente exerceu a atividade de técnico de telecomunicações, trabalhando na ‘manutenção de equipamentos de transmissão de sinais, instalados no prédio em questão e em outros locais’. Segundo o próprio autor permanecia nas instalações em que realizada a perícia em média 50% da jornada de trabalho.

Concluiu o perito judicial pela periculosidade da atividade, considerando que no prédio onde laborava o autor, havia o armazenamento de dois tanques de 900 litros de produtos inflamáveis, os quais se encontravam no mesmo ambiente dos painéis de energia, enquadrando-se o caso em questão na disposição da NR 16, Anexo II, item 2, III, letra ‘b’, *in verbis*:

‘III . Armazenagem de inflamáveis líquidos, em tanques ou vasilhames:

(…)

b - arrumação de tambores ou latas ou quaisquer outras atividades executadas dentro do prédio de armazenamento de inflamáveis ou em recintos abertos e com vasilhames cheios inflamáveis ou não-desgaseificados ou decantados.’

No entanto, no caso dos autos, além de não estar exposto de forma habitual e permanente

ao ambiente periculoso, o autor também não tinha contato direto com o material inflamável, considerando a descrição das atividades por ele exercidas.

Desta forma, não há como se reconhecer a especialidade do labor, em que pese a percepção do adicional de periculosidade, sendo de rigor a reforma do *decisum* e rejeição do pedido inicial. Neste sentido:

‘PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. ATIVIDADE ESPECIAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - Conforme reclamação trabalhista o autor exerceu a função de técnico de telecomunicações de 13.10.1970 a 03.11.1999, tendo como atribuição realizar levantamento em rede externa, executando medições de distanciamento de postes, indicando especificações de tubulações para clientes, e demais levantamentos em ruas para projetos de canalizações subterrâneas em projetos de telefonia, sendo que o centro administrativo de suas atividades se dava no 8º andar, setor de projetos, do prédio da TELESP - unidade Santo Amaro, deslocando-se pelo interior do prédio ou externamente sempre que necessário, portanto, sem contato direto a agentes nocivos ou situação de risco decorrente da atividade. O direito ao adicional de periculosidade reconhecido em ação trabalhista deveu-se ao fato de no subsolo do prédio de vários andares, haver instalação de motor gerador e tanque de óleo diesel.

II - O recebimento do adicional de periculosidade não serve, por si só, para contagem de tempo de forma diferenciada para fins previdenciários, que exige exposição habitual e permanente a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou o exercício de atividade tida por perigosa, ou risco inerente a processo produtivo/industrial, situação não configurada nos autos.

III - A incidência da verba honorária deve ser mantida sobre as diferenças vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula 111 do E. STJ, em sua nova redação e de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma, visto que o pedido foi julgado parcialmente procedente pelo Juízo *a quo*.

IV - Agravo do autor improvido (art. 557, § 1º, do CPC).’

(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1952503 - Proc. 0000047-44.2011.4.03.6183/SP, 10ª Turma, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, j. 15/07/2014, e-DJF3 Judicial 1 Data: 23/07/2014)

Isento o autor dos ônus da sucumbência, uma vez ser beneficiário da justiça gratuita.

Ante o exposto, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, *rejeito a matéria preliminar, dou provimento à remessa oficial e à apelação*, para reformar a r. sentença, nos termos da fundamentação.

Após as formalidades legais, transitada em julgado a presente decisão, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.”

Com razão o agravante.

O laudo pericial de fls. 20/28, produzido em sede de ação ajuizada na Justiça do Trabalho, informou o labor do autor em ambiente perigoso, considerando a existência de dois reservatórios de 900 litros contendo óleo diesel, os quais, à época da prestação laboral, encontravam-se no mesmo ambiente do painel de distribuição de energia elétrica.

Reverso posicionamento anterior, entendo que o fato de o autor permanecer no ambiente periculoso apenas 50% do período de jornada de trabalho não elimina a exposição ao agente agressivo.

Com efeito, o fato de o autor realizar atividades expostas a risco, e a despeito de a atividade do autor alternar entre serviço sujeito a risco e a serviço não sujeito a risco de agentes agressivos, não desconfigura a atividade especial, pois a proteção é contra o risco. A despeito de inexistir o risco num dado momento, e existir num outro momento, o risco é sempre risco e a exposição é possível a qualquer momento, portanto, ao ver deste juízo a exposição, é sim habitual e permanente.

Desta forma, há que se reconhecer a periculosidade do trabalho prestado pelo requerente no

período de 06/05/1975 a 17/05/2002, para a Telecomunicações de São Paulo S/A, considerando o enquadramento na disposição da NR 16, Anexo II, item 2, III, letra “b”.

Somando-se os períodos aqui reconhecidos contava a parte autora, na data do requerimento administrativo (06/06/2002 - fl. 16) *com 27 (vinte e sete) anos e 12 (doze) dias* de tempo de serviço, suficiente à concessão de aposentadoria especial.

TERMO INICIAL

A data de início do benefício é por força do inciso II, do artigo 49 combinado com o artigo 54, ambos da Lei nº 8.213/91, a data da entrada do requerimento e, na ausência deste ou em caso da não apresentação dos documentos quando do requerimento administrativo, será fixado na data da citação do INSS.

Tratando-se de revisão do ato de aposentadoria, com alteração da renda mensal inicial, o termo inicial deve ser mantido na data da concessão da benesse em sede administrativa, contudo, no presente caso, com efeitos financeiros incidentes a partir da citação (29/04/2014 - fl. 73), momento em que o INSS tomou ciência inequívoca do laudo pericial de fls. 20/28, o qual possibilitou o enquadramento do período especial requerido e, por consequência, a revisão da aposentadoria.

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS

No tocante à correção monetária determino a observância dos critérios contemplados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, inclusive quanto à aplicação da Lei nº 11.960/2009, no que tange aos juros de mora, com o que fica alterada a aplicação dos juros de mora de 1% ao mês, previstos no Código Civil, a partir da vigência daquela lei.

Atente-se que o Manual de Cálculos da Justiça Federal está fundamentado na legislação atinente à matéria afeta aos juros e correção monetária incidentes nas execuções judiciais conjuntamente com a respectiva jurisprudência sobre tal tema; contudo, estabelecido no título executivo judicial a observância do referido Manual, os índices estabelecidos não compõem o objeto da coisa julgada, uma vez que, em se tratando de obrigação de trato sucessivo, na execução do julgado deverá ser observada a superveniência de nova legislação ou da orientação jurisprudencial vinculativa dos Tribunais Superiores.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, conforme entendimento da Nona Turma desta Corte e em consonância com a Súmula/STJ nº 111.

CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

A teor do disposto no art. 4º, I, da Lei Federal nº 9.289/96 as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal. De outro lado, o art. 1º, §1º, deste diploma legal, delega à legislação estadual normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual no exercício da competência delegada.

Assim, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal e naquelas aforadas na Justiça do Estado de São Paulo, por força da Lei Estadual/SP nº 11.608/03 (art. 6º).

Contudo, a legislação do Estado de Mato Grosso do Sul que dispunha sobre a isenção referida (Leis nº 1.135/91 e 1.936/98) fora revogada a partir da edição da Lei nº 3.779/09 (art. 24, §§1º e 2º), razão pela qual é de se atribuir ao INSS os ônus do pagamento das custas processuais nos feitos que tramitam naquela unidade da Federação.

De qualquer sorte, é de se ressaltar que, em observância ao disposto no art. 27 do Código de Processo Civil, o recolhimento somente deve ser exigido ao final da demanda, se sucumbente. A isenção referida não abrange as despesas processuais que houver efetuado, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 630.501/RS-RG, firmou o

entendimento de que o segurado, quando preenchidos os requisitos mínimos para a aposentação, tem direito de optar pelo benefício mais vantajoso. Assim, dentre aquelas três hipóteses citadas ou ainda, se existente outra hipótese não aventada, mas factível e lícita, pode o segurado optar por qualquer uma delas que entender ser a mais vantajosa.

Confira-se no mesmo sentido:

“Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravamento. Previdenciário. Desconstituição da aposentadoria integral. Opção pela aposentadoria proporcional. Direito adquirido ao benefício mais vantajoso após a reunião dos requisitos. Possibilidade. Precedentes.

1. O segurado tem direito adquirido ao benefício mais vantajoso, consideradas as datas a partir das quais a aposentadoria proporcional poderia ter sido requerida e desde que preenchidos os requisitos pertinentes.

2. Agravamento regimental não provido.”

(STF, AG.REG. NO RE 705.456/RJ, Primeira Turma, Min. Dias Toffoli, 28/10/2014).

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - PARCELAS ATRASADAS

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou a questão da prescrição das parcelas vencidas anteriormente ao ajuizamento da ação previdenciária, com a edição da Súmula 85:

“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública - aqui incluído o INSS - figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”

DISPOSIÇÕES RELATIVAS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA

Na liquidação da obrigação de fazer a que o INSS foi condenado nestes autos serão observadas as seguintes determinações:

Caberá ao INSS calcular o tempo de serviço para a concessão do benefício de acordo com os períodos reconhecidos nos autos, vinculado aos termos da coisa julgada, somando-se ao tempo de contribuição incontroverso.

Deixo consignado, também, que não cabe ao Poder Judiciário, através de sua contadoria, elaborar cálculos para a identificação de qual benefício é o mais vantajoso para o segurado, cabendo ao INSS orientar quanto ao exercício deste direito de opção.

Fica o INSS autorizado a compensar valores pagos administrativamente ao autor no período abrangido pela presente condenação, efetivados a título de benefício previdenciário que não pode ser cumulado com o presente.

Ante o exposto, nos termos do art. 557, do CPC, *reconsidero a decisão de fls. 103/107 e, em novo julgamento, rejeito a matéria preliminar, nego seguimento à apelação do réu e dou parcial provimento à remessa oficial*, para reformar a decisão de primeiro grau, na forma acima fundamentada.

...

É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em desconpasso com “súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária “à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC).

De seu lado, o denominado agravamento legal (art. 557, §1º, do CPC) tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

Aliás,

Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557, parágrafo 1º, do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do Relator quando bem fundamentada e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder (TRF 3ª Região, 5ª Turma, AG nº 2007.03.00.018620-3, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 03/09/2007, DJU 23/10/2007, p. 384).

No caso dos autos, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo*.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000476-57.2016.4.03.6111
(2016.61.11.000476-8)

Apelante: MARIA DE SOUZA CAMPOS SAURIN
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MARÍLIA - SP
 Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
 Classe do Processo: AC 2172978
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO PROPORCIONAL. ATIVIDADE ESPECIAL. TELEFONISTA. ENQUADRAMENTO PARCIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA.

- Discute-se o reconhecimento de lapso especial, com vistas à revisão da RMI de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.
- O tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados poderão fazer a conversão dos anos trabalhados a “qualquer tempo”, independentemente do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria.
- Em razão do novo regramento, encontram-se superadas a limitação temporal, prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98, e qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei nº 6.887/80.
- Até a entrada em vigor do Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, regulamentador da Lei nº 9.032/95, de 28 de abril de 1995, não se exigia (exceto em algumas hipóteses) a apresentação de laudo técnico para a comprovação do tempo de serviço especial, pois bastava o formulário preenchido pelo empregador (SB-40 ou DSS-8030), para atestar a existência das condições prejudiciais. Contudo, para o agente agressivo o ruído, sempre houve necessidade da apresentação de laudo técnico.
- A exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto nº 2.172/97, que majorou o nível para 90 decibéis. Com a edição do Decreto nº 4.882, de 18/11/2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis, sem possibilidade de retroação ao regulamento de 1997. Nesse sentido: Recurso Especial nº 1.398.260, sob o regime do artigo 543-C do CPC, do C. STJ.
- Com a edição da Medida Provisória nº 1.729/98 (convertida na Lei nº 9.732/98), foi inserida na legislação previdenciária a exigência de informação, no laudo técnico de condições ambientais do trabalho, quanto à utilização do Equipamento de Proteção Individual (EPI).
- Desde então, com base na informação sobre a eficácia do EPI, a autarquia deixou de promover o enquadramento especial das atividades desenvolvidas posteriormente a 3/12/1998.

- Sobre a questão, entretanto, o C. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o ARE nº 664.335, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites de tolerância, a utilização do EPI não afasta a nocividade do agente.

- Sublinhe-se o fato de que o campo “EPI Eficaz (S/N)” constante no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é preenchido pelo empregador considerando-se, tão somente, se houve ou não atenuação dos fatores de risco, consoante determinam as respectivas instruções de preenchimento previstas nas normas regulamentares. Vale dizer: essa informação não se refere à real eficácia do EPI para descaracterizar a nocividade do agente.

- Especificamente no que tange à atividade de telefonista, tendo por critério a categoria profissional, será especial apenas até 14.10.1996, conforme determina o Decreto nº 3.048/99, que elucidou a questão, em seu art. 190.

- *In casu*, vale frisar que o interregno de 25/2/1987 a 28/4/1995 foi devidamente enquadrado pela Autarquia. Assim, cabe ainda o enquadramento de intervalo de 29/4/1995 a 10/4/1996, nos termos debatidos.

- A autarquia deverá proceder à revisão da RMI do benefício em contenda, para computar o acréscimo resultante da conversão do interregno ora enquadrado.

- O termo inicial da revisão deverá ser a data da DER, observada a prescrição quinquenal.

- Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux.

- Com relação aos juros moratórios, estes são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/73, até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem mantidos no percentual de 0,5% ao mês, observadas as alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, e por legislação superveniente. Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos desde então de forma global e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos, de forma decrescente.

- Tendo em vista a ocorrência de sucumbência recíproca, sendo vedada a compensação pela novel legislação, deveria ser observada a proporcionalidade à vista do vencimento e da perda de cada parte, conforme critérios do artigo 85, *caput* e § 14, do Novo CPC. Todavia, não se aplica a novel regra do artigo 85, § 14º, do NCPC, isso para evitar surpresa à parte prejudicada, devendo prevalecer o mesmo entendimento da jurisprudência concernente à não aplicação da sucumbência recursal. Consequentemente, deixo de condenar ambas as partes a pagar honorários ao advogado, mesmo porque se trata de hipótese diversa da prevista no artigo 21, § único, do CPC/1973, que trata da sucumbência mínima.

- De todo modo, como a questão dos honorários de advogado envolve direito subs-

tancial, deve ser observada a legislação vigente na data da publicação da sentença, porquanto pertinente ao caso a regra do artigo 6º, *caput*, da LINDB. Em relação à parte autora, é suspensa a exigibilidade, segundo a regra do artigo 98, § 3º, do mesmo código, por ser beneficiária da justiça gratuita.

- Referentemente às custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais nº 6.032/74, 8.620/93 e 9.289/96, bem como nas Leis Estaduais nº 4.952/85 e 11.608/03. Contudo, tal isenção não exime a Autarquia Previdenciária do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio. Quanto a Mato Grosso do Sul, em caso de sucumbência, as custas são pagas pelo INSS ao final do processo, nos termos da Lei Estadual nº 3.779/09, que revogou a isenção concedida na legislação pretérita, e artigo 27 do CPC.

- Apelação autoral parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de setembro de 2016.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Trata-se de ação de conhecimento proposta em face do INSS, na qual a parte autora pleiteia o enquadramento de serviço especial, com vistas à revisão de aposentadoria por tempo de contribuição em especial.

A r. sentença julgou improcedente o pedido.

Inconformada, a parte autora interpôs apelação, na qual requer a procedência de seus pleitos.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Ademais, considerando que a r. sentença foi publicada na vigência do CPC/1973, não se aplicam as novas regras previstas no artigo 496 e §§ do Novo CPC.

Passo à análise das questões trazidas a julgamento.

Do enquadramento de período especial

Editado em 3 de setembro de 2003, o Decreto nº 4.827 alterou o artigo 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, o qual passou a ter a seguinte redação:

Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

(...)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.

Por conseguinte, o tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados poderão fazer a conversão dos anos trabalhados a “qualquer tempo”, independentemente do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria.

Ademais, em razão do novo regramento, encontram-se superadas a limitação temporal, prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98, e qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei nº 6.887/80.

Nesse sentido, reporto-me à jurisprudência firmada pelo Colendo STJ:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO AO PERÍODO TRABALHADO.

1. Com as modificações legislativas acerca da possibilidade de conversão do tempo exercido em atividades insalubres, perigosas ou penosas, em atividade comum, infere-se que não há mais qualquer tipo de limitação quanto ao período laborado, ou seja, as regras aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período, inclusive após 28/05/1998. Precedente desta 5ª Turma.

2. Recurso especial desprovido.

(STJ; REsp 1010028/RN; 5ª Turma; Rel. Ministra Laurita Vaz; julgado em 28/2/2008; DJe 7/4/2008)

Cumprir observar que antes da entrada em vigor do Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, regulamentador da Lei nº 9.032/95, de 28 de abril de 1995, não se exigia (exceto em algumas hipóteses) a apresentação de laudo técnico para a comprovação do tempo de serviço especial, pois bastava o formulário preenchido pelo empregador (SB-40 ou DSS-8030), para atestar a existência das condições prejudiciais.

Contudo, tem-se que, para a demonstração do exercício de atividade especial cujo agente agressivo seja o ruído, sempre houve necessidade da apresentação de laudo pericial, independentemente da época de prestação do serviço.

Nesse contexto, a exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto nº 2.172/97, que majorou o nível para 90 decibéis. Isso porque os Decretos nº 83.080/79 e nº 53.831/64 vigoraram concomitantemente até o advento do Decreto nº 2.172/97.

Com a edição do Decreto nº 4.882, de 18/11/2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis (art. 2º do Decreto nº

4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.0.1, 3.0.1 e 4.0.0 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

Quanto a esse ponto, à míngua de expressa previsão legal, não há como conferir efeito retroativo à norma regulamentadora que reduziu o limite de exposição para 85 dB(A) a partir de novembro de 2003.

Sobre essa questão, o STJ, ao apreciar o *Recurso Especial* nº 1.398.260, sob o regime do art. 543-C do CPC, consolidou entendimento acerca da *inviabilidade da aplicação* retroativa do decreto que reduziu o limite de ruído no ambiente de trabalho (de 90 para 85 dB) para configuração do tempo de serviço especial (julgamento em 14/05/2014).

Com a edição da Medida Provisória nº 1.729/98 (convertida na Lei nº 9.732/98), foi inserida na legislação previdenciária a exigência de informação, no laudo técnico de condições ambientais do trabalho, quanto à utilização do Equipamento de Proteção Individual (EPI).

Desde então, com base na informação sobre a eficácia do EPI, a autarquia deixou de promover o enquadramento especial das atividades desenvolvidas posteriormente a 3/12/1998.

Sobre a questão, entretanto, o C. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o *ARE* nº 664.335, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for *realmente capaz de neutralizar* a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a *real eficácia do EPI* para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites de tolerância, a utilização do *EPI não afasta a nocividade* do agente.

Quanto a esses aspectos, sublinhe-se o fato de que o campo “*EPI Eficaz (S/N)*” constante no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é preenchido pelo empregador considerando-se, tão somente, se houve ou não *atenuação* dos fatores de risco, consoante determinam as respectivas instruções de preenchimento previstas nas normas regulamentares. Vale dizer: essa informação não se refere à *real eficácia* do EPI para descaracterizar a nocividade do agente.

Especificamente no que tange à atividade de telefonista, esta deve ser considerada especial *em razão do grupo profissional*, na forma prevista pelo Decreto nº 53.831/64 (cód. 2.4.5) até a edição da Lei nº 7.850/89 que disciplinou acerca da questão, considerando aludida atividade penosa para efeitos previdenciários e prevendo a concessão de aposentadoria especial após 25 (vinte e cinco) anos de serviço e/ou a possibilidade de conversão de atividade especial para comum.

Não obstante, a citada legislação específica teve vigência até a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, publicada em 14.10.1996, a qual posteriormente foi convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.1997, que revogou expressamente a Lei nº 7.850/89.

Desse modo, tendo por critério a categoria profissional, a atividade de telefonista será especial apenas até 14.10.1996, conforme determina o Decreto nº 3.048/99, que elucidou a questão, em seu art. 190, *in verbis*:

Art. 190. A partir de 14 de outubro de 1996, não serão mais devidos os benefícios de legislação específica do jornalista profissional, do jogador profissional de futebol e do telefonista.

Nessa esteira, reporto-me ao seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TELEFONISTA. CON-

VERSÃO DO TEMPO ESPECIAL PARA COMUM. CABIMENTO. (...)

1. O exercício da atividade profissional de telefonista foi considerado penoso, para fins de concessão de aposentadoria especial aos 25 (vinte e cinco) anos ou conversão do tempo especial para o comum, para efeito de aposentadoria de qualquer espécie, pela Lei nº 7.850, de 23.10.1989.

2. Os efeitos da Lei nº 7.850, de 23.10.1989, foram suspensos pela Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.1996, publicada em 14.10.1996, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 1.596, de 10.11.1997, a qual foi convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.1997, cujo artigo 15 revogou integralmente (ab-rogação) a Lei nº 7.850, de 23.10.1989, de modo que o exercício da profissão de telefonista somente pode ser considerado penoso, para fins de aposentadoria especial, até a data de publicação da Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.1996. Saliente-se que o Supremo Tribunal Federal pacificou sua jurisprudência no sentido de que a medida provisória não perde a eficácia, caso seja reeditada por provimento da mesma espécie, dentro de seu prazo de validade de trinta dias.

3. Revogadas as Ordens de Serviço nºs 600/98, 612/98 e 623/99, não convertida em lei a revogação do § 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 pelo artigo 32 da Medida Provisória nº 1.663-15/98, e editadas as Instruções Normativas nºs 49/2001 e 57/2001, houve reconhecimento jurídico, pelo INSS, de que é possível a conversão do tempo especial para o comum segundo a legislação vigente à época do exercício do trabalho especial.

4. Tendo vigorado até 14.10.1996 a Lei nº 7.850, de 23.10.1989, são especiais os períodos de trabalho exercidos nessa atividade, pela autora, de 01.04.1973 a 15.05.1977, de 23.05.1977 a 27.03.1984, de 25.05.1987 a 05.03.1991, de 01.04.1991 a 16.08.1994, de 05.09.1994 a 14.10.1996.

(...)

(TRF - 3ª Região; AC 1999.03.99.100082-6/SP; 1ª Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Clécio Braschi; Julg. 30.09.2002; DJU 06.12.2002 - pág. 360).

Para além de 14/10/1996, a simples indicação de trabalho penoso posta no PPP juntado não subsiste. Não é crível, nesse sentido, que as condições de trabalho do ofício em questão tenham se perpetuado ao longo dos anos, mormente em razão de toda inovação tecnológica que veio dar suporte aos trabalhos nas áreas de telecomunicação.

Alinhado a esse posicionamento, esta Colenda Turma firmou o seguinte entendimento jurisprudencial:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ESPECIAL. BANCÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. INVIABILIDADE. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO.

(...)

XI - A atividade de bancário exercida pelo autor junto à instituição financeira Caixa Econômica Federal (CEF), quando desempenhada a função de escriturário, no período de 18 de setembro de 1975 ao ajuizamento da ação (15 de dezembro de 1999), não é de molde a ser classificada como de natureza especial, conclusão lastreada na ausência do cunho insalubre, perigoso e penoso, de *per si*, da profissão, para os fins da legislação de regência da matéria.

XII - Acrescente-se que a inicial, embora afirme e reafirme o caráter penoso da profissão abraçada pelo autor, não detalha, ainda que minimamente, quais as tarefas por ele efetivamente desenvolvidas sob o arcabouço da denominação do cargo de “escriturário” (caixa, datilógrafa ou outra qualquer), o que também serve para impedir o reconhecimento da especialidade de seu trabalho, haja vista impossibilitar o regular confronto com eventuais provas a serem posteriormente realizadas no curso da lide.

XIII - Nesse passo, a realização de perícia neste feito não tem o condão de amparar o pleito formulado na peça vestibular, dada a inviabilidade do contraste com as tarefas apuradas pelo

Sr. Perito.

XIV - Além disso, a análise do laudo revela ter o expert apontado o desempenho do labor de bancário em várias localidades, agências dos Municípios de São Paulo/SP (Cidade Ademar), Limeira/SP, Orlandia/SP, Ribeirão Preto/SP (Centro e Jardim Independência) e Jardinópolis/SP; Departamento de Processamento de Dados (DIPRO), em São Paulo/SP; Centro de Processamento de Dados, em Ribeirão Preto/SP; e Serviço de Atendimento às Agências (e, dentre elas, apenas uma foi objeto de visita técnica pelo Sr. Perito, isto é, somente o ambiente de trabalho da agência da CEF de Jardinópolis/SP) junto à qual, segundo informação constante da perícia, o apelante laborou como “Caixa”, a partir de 1999, foi examinado pelo profissional, o que não se afigura suficiente para montar um quadro seguro acerca da natureza do trabalho exercido a partir do ingresso na instituição financeira, que se deu, como visto, em 18 de setembro de 1975.

XV - Sem desmerecer a atividade prestada pelo apelante, a equivalência indicada no laudo pericial das profissões de bancário e professor, no que tange à sua natureza penosa, é descabida, em virtude da absoluta diversidade intrínseca do labor exercido por uma e outra categoria, a exigir de um e outro profissional qualidades diferentes para atendimento a objetivos igualmente muito diferentes, cuja incompatibilidade não autoriza a identidade atribuída pelo expert.

XVI - É de se observar que, de todo modo, a conclusão da perícia não é vinculante para o juiz, a teor do que preceitua o art. 436, CPC, mesmo porque a obrigação do magistrado é analisar a lide com atenção aos mais diversos aspectos que se lhe apresentam determinado processo, os quais escapam ao expert, como na espécie, em que o conjunto dos elementos presentes no feito não justifica, pelos fundamentos já aduzidos, ter por especial o trabalho de bancário prestado pelo apelante.

XVII - Os laudos técnicos trazidos com a exordial, referentes a supostos paradigmas do autor, não lhe aproveitam, porque o caráter especial da atividade prestada pelo postulante é de ser aferido à vista de seu próprio ambiente de trabalho e das funções que desempenha, o que, consoante já assentado, sequer constou da peça vestibular.

XVIII - Outro argumento a ser refutado é o da possibilidade de o bancário vir a sofrer de doenças oriundas de suas condições de trabalho, o que reforçaria o entendimento acerca da condição especial da profissão, eis que, aqui também, todo trabalhador está sujeito a adoecer ou a acidentar-se, daí porque o infortúnio não é, necessariamente, sinal de exposição a agente nocivo à saúde ou à integridade física, para fins da matéria ora em análise.

XIX - A atividade de bancário desempenhada pelo apelante não é de molde a ser caracterizada como especial, tal como assentado com propriedade na sentença. Precedentes da Corte.

XX - Quanto à concessão do benefício, observadas as anotações dos contratos de trabalho dos períodos de 24 de julho de 1973 a 06 de julho de 1974 (“SAGA - Sociedade Corretora e Administradora de Seguros Ltda.”) e 07 de julho de 1974 a 1º de julho de 1975 (“Companhia de Seguros Cruzeiro do Sul”), na CTPS do autor, tem-se o cômputo de 26 (vinte e seis) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias, computados até a data de ajuizamento da ação (15 de dezembro de 1999), insuficientes, portanto, ao deferimento de aposentadoria por tempo de serviço, mesmo proporcional, nos termos do art. 52 da Lei nº 8.213/91.

XXI - Agravo retido do INSS não conhecido. Apelação do autor improvida.

(TRF 3ª R; AC 1999.61.02.015272-0/SP; 9ª Turma; Relatora Des. Fed. Marisa Santos; v.u; Julgado em 12/2/2007; DJU 29/3/2007, pág. 613)

Ademais, o fato de a parte autora receber adicional de insalubridade (obrigação de natureza trabalhista) é insuficiente para o enquadramento na seara previdenciária.

In casu, vale frisar que o interregno de 25/2/1987 a 28/4/1995 foi devidamente enquadrado pela Autarquia. Assim, cabe ainda o enquadramento de intervalo de 29/4/1995 a

10/4/1996, nos termos debatidos.

Dessa forma, o lapso de 29/4/1995 a 10/4/1996 deve ser considerado como atividade especial.

Por conseguinte, a autarquia deverá proceder à revisão da RMI do benefício em contenda, para computar o acréscimo resultante da conversão do interregno ora enquadrado.

Dos consecutários

O termo inicial da revisão deverá ser a data da DER (8/11/2010), observada a prescrição quinquenal.

Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux.

Com relação aos juros moratórios, estes são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/73, até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem mantidos no percentual de 0,5% ao mês, observadas as alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, e por legislação superveniente.

Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos desde então de forma global e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos, de forma decrescente.

Passo à análise da questão referente aos honorários de advogado à luz do direito processual intertemporal.

“Em caso de sucumbência recíproca, deverá ser considerada proveito econômico do réu, para fins do art. 85, § 2º, do CPC/2015, a diferença entre o que foi pleiteado pelo autor e o que foi concedido, inclusive no que se refere às condenações por danos morais”. (Enunciado nº 14 aprovado pela ENFAM), sendo vedada a compensação na forma do § 14 do mesmo artigo.

No caso, tendo em vista a ocorrência de sucumbência recíproca, sendo vedada a compensação pela novel legislação, deveria ser observada a proporcionalidade à vista do vencimento e da perda de cada parte, conforme critérios do artigo 85, *caput* e § 14, do Novo CPC.

Todavia, abstenho-me de aplicar a novel regra do artigo 85, § 14º, do NCPC, isso para evitar surpresa à parte prejudicada, devendo prevalecer o mesmo entendimento da jurisprudência concernente à não aplicação da sucumbência recursal. Consequentemente, deixo de condenar ambas as partes a pagar honorários ao advogado, mesmo porque se trata de hipótese diversa da prevista no artigo 21, § único, do CPC/1973, que trata da sucumbência mínima.

De todo modo, como a questão dos honorários de advogado envolve direito substancial, deve ser observada a legislação vigente na data da publicação da sentença, porquanto pertinente ao caso a regra do artigo 6º, *caput*, da LINDB.

Em relação à parte autora, é suspensa a exigibilidade, segundo a regra do artigo 98, § 3º, do mesmo código, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Referentemente às custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais nº 6.032/74, 8.620/93 e 9.289/96, bem como nas Leis Estaduais nº 4.952/85 e 11.608/03. Contudo, tal isenção não exime a Au-

tarquia Previdenciária do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio. Quanto a Mato Grosso do Sul, em caso de sucumbência, as custas são pagas pelo INSS ao final do processo, nos termos da Lei Estadual nº 3.779/09, que revogou a isenção concedida na legislação pretérita, e artigo 27 do CPC.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* à apelação da parte autora, para, nos termos da fundamentação: (i) enquadrar como atividade especial e converter para comum o interstício de 29/4/1995 a 10/4/1996; e (ii) conceder a revisão correspondente.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0011134-19.2016.4.03.9999

(2016.03.99.011134-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: LEONARDO CORREA LIMA (incapaz)

Representante: HELOISA FRANCO PEREIRA

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PALMITAL - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Classe do Processo: ApelReex 2147527

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/10/2016

EMENTA

ASSISTÊNCIA SOCIAL. REMESSA OFICIAL. NÃO CONHECIMENTO. APELAÇÃO CÍVEL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO DESPROVIDO.

- Considerando que a remessa oficial não se trata de recurso, mas de simples condição de eficácia da sentença, as regras processuais de direito intertemporal a ela não se aplicam, de sorte que a norma do art. 496 do Novo Código de Processo Civil, estabelecendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferiores a 1000 (um mil) salários mínimos, tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, ainda que para cá remetidos na vigência do revogado CPC.

- A Constituição garante à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios de prover sua própria manutenção o pagamento de um salário mínimo mensal. Trata-se de benefício de caráter assistencial, que deve ser provido aos que cumprirem tais requisitos, independentemente de contribuição à seguridade social.

- O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, nos termos do artigo 479 do Código de Processo Civil.

- É possível extrair do conjunto probatório a existência de impedimentos de longo prazo que obstruem a participação da parte autora na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas. O quadro apresentado se ajusta, portanto, ao conceito de pessoa com deficiência, nos termos do artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/93, com a redação dada pela Lei 12.435/2011.

- A LOAS prevê que a miserabilidade existe quando a renda familiar mensal *per capita* é inferior a 1/4 de um salário mínimo (art. 20, § 3º), sendo que se considera como “família” para aferição dessa renda “o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto” (art. 20, § 1º)

- Com o fundamento de que a situação de miserabilidade não pode ser aferida através de mero cálculo aritmético, o STF declarou, em 18.04.2013, ao julgar a Reclamação 4.374, a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, e do art. 20, § 3º da LOAS.

- Remessa oficial não conhecida. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NÃO CONHECER da remessa oficial NEGAR PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de outubro de 2016.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator).

Trata-se reexame necessário e de recurso de apelação interposto pelo INSS diante de sentença de fls. 230/233, que julgou procedente pedido de concessão de benefício assistencial.

Em suas razões (fls. 238/242), o apelante alega que a parte autora não faz jus ao benefício assistencial, por não se encontrar em situação de miserabilidade e por não se enquadrar no conceito legal de pessoa com deficiência.

Contrarrazões às fls. 250/254.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo desprovimento do recurso (fls. 258/262).

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator).

DO CONHECIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA

O novo Código de Processo Civil elevou o valor de alçada para a remessa “ex officio”, de 60 (sessenta) salários mínimos, para 1.000 (mil) salários-mínimos, “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; [...] - grifo nosso.

Considerando que a remessa oficial não se trata de recurso, mas de simples condição de eficácia da sentença, as regras processuais de direito intertemporal a ela não se aplicam, de sorte que a norma supracitada, estabelecendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferiores a 1000 (um mil) salários mínimos, tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, ainda que para cá remetidos na vigência do revogado CPC.

Nesse sentido, a 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.

Dessa forma, tendo em vista que o valor de alçada no presente feito não supera 1.000 (um mil) salários mínimos, não conheço da remessa oficial.

DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

A Constituição garante à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios de prover sua própria manutenção o pagamento de um salário mínimo mensal. Trata-se de benefício de caráter assistencial, que deve ser provido aos que cumprirem tais requisitos, independentemente de contribuição à seguridade social:

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 manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Como se vê, o inciso V ao art. 203 da Constituição Federal é norma de eficácia limitada, isto é, o efetivo pagamento do benefício dependia de edição de lei regulamentadora.

Essa regulamentação foi feita pela Lei nº 8.742/93, a chamada Lei Orgânica da Assistência Social ("LOAS"), que, entre outras coisas, disciplinou os requisitos necessários à implementação do benefício assistencial de prestação continuada.

O art. 20 da referida lei tem a seguinte redação:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º. Para os efeitos do disposto no *caput*, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º. Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º. Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

§ 4º. O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

§ 5º. A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada.

§ 6º. A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS.

§ 7º. Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura.

§ 8º. A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.

§ 9º. Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar per capita a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

§ 11. Para concessão do benefício de que trata o *caput* deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.

Para a concessão do benefício assistencial, necessária, então, a conjugação de dois requisitos: alternativamente, a comprovação da idade avançada ou da condição de pessoa com deficiência e, cumulativamente, a miserabilidade, caracterizada pela inexistência de condições econômicas para prover o próprio sustento ou de tê-lo provido por alguém da família.

DA DEFICIENCIA ALEGADA PELA PARTE AUTORA

A Lei Orgânica da Assistência Social prevê que “[p]ara efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 20, § 2º) e que se considera impedimento de longo prazo “aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos” (art. 20, § 10).

Tratando-se de menor de 16 anos, isso, naturalmente, não significa inaptidão para o trabalho, mas que, para a configuração da deficiência, o impedimento do menor deve causar impacto no desempenho de sua atividade escolar e restrição à participação social compatível com sua idade (Decreto nº 6.214/2007, art. 2º, parágrafo 1º). Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. MENOR. DEFICIÊNCIA FÍSICA E MENTAL. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. COMPROVAÇÃO.

I - As limitações físicas e mentais de que padece o demandante, apontadas pelo próprio expert e pela fisioterapeuta que o acompanha, impõem-lhe significativas restrições às atividades típicas de sua idade (correr, participar de brincadeiras, acompanhar satisfatoriamente a escola), não sendo necessário perquirir quanto à existência ou não de capacidade laborativa, a teor do art. 4º, § 2º, do Decreto nº 6.214/2007.

[...] V - Embargos Infringentes do INSS a que se nega provimento.

(EI 00000969320054039999, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/09/2011 PÁGINA: 71 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. MENOR DE DEZESSEIS ANOS. LAUDO PERICIAL MÉDICO. INCAPACIDADE PARA OS ATOS DA VIDA INDEPENDENTE E PARA AS ATIVIDADES HABITUAIS. LAUDO SÓCIO-ECONÔMICO. SUPERAÇÃO DA RENDA FAMILIAR PER CAPITA EM VALOR ÍNFIIMO. SITUAÇÃO FÁTICA. MISERABILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. TERMO INICIAL DOS VALORES EM ATRASO.

1. O benefício de prestação continuada, em se tratando de crianças e adolescentes de até dezesseis anos de idade, será devido quando houver a comprovação de deficiência física ou mental que implique em incapacidade para a vida independente própria da idade, bem como a renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo. 2. *Para fins de reconhecimento do direito ao benefício, a deficiência deve causar impacto no desempenho de atividade estudantil e restrição da participação social compatível com a idade, sendo dispensável proceder à avaliação da incapacidade para o trabalho.* 3. Fundamento Legal: artigo 20, Lei nº 8.742/1993 e artigo 4º, Decreto nº 6.214/2007. 4. Laudo médico conclusivo quanto à presença de incapacidade para os atos da vida independente e para a atividade estudantil. 5. Laudo sócio-econômico que atesta a superação, em valor insignificante, da renda familiar per capita. 6. A renda mensal per capita de ¼ (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição de miserabilidade para fins de benefício assistencial. 7. Precedente: Súmula nº 01/TNU. 8. Condições pessoais da parte autora e de sua família. 9. Preenchimento dos requisitos legais no caso concreto. 10. Termo inicial do benefício fixado na citação, diante do transcurso de hiato temporal importante entre o indeferimento administrativo e o ajuizamento de ação (quase seis anos), tudo com vistas a fazer valer o princípio da razoabilidade, promovendo-se um equilíbrio entre os valores devidos e pagos a destempo àqueles que tiveram seus direitos reconhecidos, sem, no entanto, penalizar o Erário Público, em virtude da demora do interessado promover a competente ação judicial. 11. Recursos improvidos.

(1 00000106420104036308, JUIZ(A) FEDERAL CLAUDIO ROBERTO CANATA - 5ª TURMA RECURSAL DE SÃO PAULO ..DATA_PUBLICACAO: 30/11/2011, DJF3 DATA: 29/11/2011.) (grifei)

O laudo médico pericial (fls. 133/134) indica que o autor apresenta polineuropatia hereditária tipo Charcot-Marie-Tooth tipo I, doença congênita que compromete a sua força muscular e implica em restrições futuras para atividades motoras e deformidade nos pés.

Sendo possível extrair do conjunto probatório a existência de impedimentos de longo prazo, o quadro apresentado se ajusta, portanto, ao conceito de pessoa com deficiência, nos termos do artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/93, com a redação dada pela Lei 12.435/2011.

DA SITUAÇÃO SOCIAL DA PARTE AUTORA

Quanto à miserabilidade, a LOAS prevê que ela existe quando a renda familiar mensal

per capita é inferior a $\frac{1}{4}$ de um salário mínimo (art. 20, § 3º), sendo que se considera como “família” para aferição dessa renda “o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto” (art. 20, § 1º)

Embora esse requisito tenha sido inicialmente declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 1.232-1, ele tem sido flexibilizado pela jurisprudência daquele tribunal. Nesse sentido, com o fundamento de que a situação de miserabilidade não pode ser aferida através de mero cálculo aritmético, o STF declarou, em 18.04.2013, ao julgar a Reclamação 4.374, a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, e do art. 20, § 3º da LOAS.

No caso dos autos, conforme consta do estudo social (fls. 142/144), compõem a família do requerente, menor impúbere, ambos os seus genitores. A renda familiar decorre de benefício do Programa Bolsa Família, e de rendimentos auferidos pelo pai do requerente por seu trabalho como lavrador, em valor mensal aproximado, à época, de R\$ 470,00.

Assim, verifica-se que a renda per capita familiar, à época do estudo social, era de R\$ 156,67 - inferior, portanto, a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente à época (correspondente a R\$ 169,50). Deste modo, é caso de deferimento do benefício, pois há presunção absoluta de miserabilidade, nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93 (LOAS) NECESSIDADE OU HIPOSSUFICIÊNCIA SÓCIO-ECONÔMICA. CONSTATAÇÃO DA RENDA PER CAPITA INFERIOR A $\frac{1}{4}$ DO SALÁRIO MÍNIMO POR INDIVÍDUO ATRAVÉS DE OUTROS MEIOS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO ASSENTADO NO RESP Nº 1.112.557/MG, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. Segundo decidido no REsp nº 1.112.557/MG, submetido a julgamento pelo rito do artigo 543-C do CPC, “A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo”.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 267.781/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015)

Dessa forma, correta a r. sentença ao deferir o benefício de prestação continuada.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO da remessa oficial e NEGO PROVIMENTO ao recurso de apelação.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0025042-46.2016.4.03.9999
(2016.03.99.025042-2)

Apelante: KEITIANY DE CARVALHO E SOUSA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Ré: ROSELI CRISTINA NATAL OLIVEIRA (incapaz)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE IBITINGA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: AC 2175854
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/10/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- Pedido de pensão pela morte do companheiro.
- Constam dos autos: certidão de óbito do companheiro, ocorrido em 01.01.2013, em razão de “a) choque hemorrágico, b) transfixação de aorta abdominal, c) projétil de arma de fogo” - o falecido foi qualificado como solteiro, com 23 anos de idade, com residência à Rua Carlos Pavan, 45 - fundos; certidão de nascimento da filha da autora com o falecido, em 27.12.2011; extrato do sistema Dataprev constando vínculos empregatícios, de forma descontínua de 26.11.2007 a 03.09.2012; extrato do sistema Dataprev, constando o pagamento de auxílio reclusão à filha, menor, do falecido, de 17.09.2009 a 01.10.2012, representada pela autora, sua mãe, que declarou endereço à Rua Pavan, 45; extrato do sistema Dataprev constando o pagamento de pensão por morte à filha menor, tutelada pela mãe-autora, desde a data do óbito, e com endereço declarado à Rua Carlos Pavan, 45; Termo de advertência - prisão albergue domiciliar, emitido pela 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Bauru, datado de 27.03.2012, em que o falecido declara endereço à Rua Carlos Pavan, 45; comprovante de pagamento de água, em nome da autora, com endereço à Rua Carlos Pavan, 45; Laudo de exame citopatológico do colo do útero, e ficha de atendimento ambulatorial, em nome da autora, datados, respectivamente, de 05.11.2012 e 26.12.2011, em que declara endereço à Rua Pavan, 45; comprovante de pagamento de água, em nome do falecido companheiro, no mesmo endereço da autora; comunicado de decisão de indeferimento parcial de pedido de pensão por morte, requerido na esfera administrativa em 08.01.2013.
- Por ocasião do óbito do de cujus, foi concedida administrativamente pensão à filha. Assim, não se cogita que ele não ostentasse a qualidade de segurado.
- A autora apresentou início de prova material da condição de companheira do falecido (certidão de nascimento da filha em comum; documentos que comprovam residência no mesmo local). Justifica-se, portanto, o reconhecimento da qualidade de companheira. Assim, a dependência econômica é presumida.
- Comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de pensão por morte, o direito que persegue a autora merece ser reconhecido.
- A pensão por morte vem sendo paga, desde a data do óbito, à filha do casal. Assim,

impõe-se, apenas, a inclusão da requerente como dependente. Isto porque a inclusão posterior só produz efeitos a partir da efetiva inscrição ou habilitação, à luz do art. 76, *caput*, da Lei de Benefícios.

- 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.
- A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a data desta decisão, considerando que o pedido foi julgado improcedente pelo juízo “a quo”.
- As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo somente quando em reembolso.
- Apelo da parte autora 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 da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de outubro de 2016.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

O pedido inicial é de concessão de pensão por morte, uma vez que a autora era dependente do falecido companheiro, que possuía a qualidade de segurado.

A sentença julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apela a parte autora, sustentando, em síntese, que foi comprovada a união estável mantida com o falecido, motivo pelo qual o benefício deve ser concedido.

Regularmente processados, subiram os autos a este E. Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

O benefício de pensão por morte encontra-se disciplinado pelos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. É devido ao conjunto de dependentes do segurado que falecer ou tiver morte presumida declarada.

O seu termo inicial, na redação original do preceito do art. 74, não continha exceções, sendo computado da data do óbito, ou da declaração judicial, no caso de ausência. Porém, a Lei nº 9.528 de 10/12/97 introduziu alterações nessa regra, estabelecendo que o deferimento

contar-se-á do óbito, quando o benefício for requerido até trinta dias do evento, do pedido, quando requerido após esse prazo, e da decisão judicial no caso de morte presumida.

Por sua vez, o artigo 16, da Lei nº 8213/91 relaciona os dependentes do segurado, indicando, no inciso I, o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015), no inciso II, os pais e, no inciso III, o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

Observe-se que na redação original do dispositivo, antes das alterações introduzidas pela Lei nº 9.032 de 28/04/95, eram contemplados também a pessoa designada, menor de 21 anos ou maior de 60 anos ou inválida.

O parágrafo 4º do art. 16 da Lei 8213/1991 dispõe ainda que a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida, enquanto a das demais deve ser comprovada.

As regras subsequentes ao referido art. 74 dizem respeito ao percentual do benefício, possibilidade de convivência entre pensionistas, casos de extinção da pensão e condições de sua concessão, quando se tratar de morte presumida.

Dessas normas, uma das que se submeteu a modificações de grande relevância, desde a vigência do Plano de Benefícios, foi a regra relativa ao valor da pensão, que passou a 100% do valor da aposentadoria que recebia o segurado, ou da por invalidez a que tivesse direito, na data do falecimento (redação dada pela Lei nº 9.528 de 10/12/97). Frise-se que as alterações quanto ao valor do benefício constantes na Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014 não foram mantidas por ocasião da conversão em lei, mantendo-se o disposto no parágrafo anterior.

Até o advento da Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014, a pensão por morte era uma prestação que independia de carência (de um número mínimo de contribuições por parte do segurado), em qualquer hipótese, segundo o então disposto no art. 26 da lei nº 8.213/91. Tratava-se de uma inovação ao sistema anterior, da antiga CLPS, que não a dispensava.

Contudo, após a edição da referida Medida Provisória, posteriormente convertida na Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015, voltou a ser exigida uma carência mínima de 18 (dezoito) contribuições mensais, exclusivamente no caso da pensão destinada a cônjuge ou companheiro, nos termos da atual redação do art. 77, Inc. V, *caput*, da Lei 8.213/1991. Caso esta carência não tenha sido cumprida, ou caso o casamento ou união estável tenham se iniciado menos de dois anos antes da morte do segurado, somente poderá ser concedida pensão provisória, pelo prazo de quatro meses, conforme alínea “b” do referido inciso.

A atual redação do dispositivo referido inovou, ainda, ao estabelecer prazos para a cessação da pensão ao cônjuge ou companheiro, conforme a idade do referido dependente na época do óbito do segurado. Os prazos foram estabelecidos na alínea “c”, que assim dispõe:

Art. 77. (...)

§ 2º. O direito à percepção de cada cota individual cessará:

(...)

V - para cônjuge ou companheiro:

(...) c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições

mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 2º-A. Serão aplicados, conforme o caso, a regra contida na alínea “a” ou os prazos previstos na alínea “c”, ambas do inciso V do § 2º, se o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, independentemente do recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou da comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou de união estável. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 2º-B. Após o transcurso de pelo menos 3 (três) anos e desde que nesse período se verifique o incremento mínimo de um ano inteiro na média nacional única, para ambos os sexos, correspondente à expectativa de sobrevida da população brasileira ao nascer, poderão ser fixadas, em números inteiros, novas idades para os fins previstos na alínea “c” do inciso V do § 2º, em ato do Ministro de Estado da Previdência Social, limitado o acréscimo na comparação com as idades anteriores ao referido incremento. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

Cumprido observar, por fim, que é vedada a concessão da pensão aos dependentes do segurado que perder essa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91, salvo se preenchidos todos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

Bem, na hipótese dos autos, a autora apresentou documentos, dentre os quais destaco: certidão de óbito do companheiro, ocorrido em 01.01.2013, em razão de “a) choque hemorrágico, b) transfixação de aorta abdominal, c) projétil de arma de fogo” - o falecido foi qualificado como solteiro, com 23 anos de idade, com residência à Rua Carlos Pavan, 45 - fundos; certidão de nascimento da filha da autora com o falecido, em 27.12.2011; extrato do sistema Dataprev constando vínculos empregatícios, de forma descontínua de 26.11.2007 a 03.09.2012; extrato do sistema Dataprev, constando o pagamento de auxílio reclusão à filha, menor, do falecido, de 17.09.2009 a 01.10.2012, representada pela autora, sua mãe, que declarou endereço à Rua Pavan, 45; extrato do sistema Dataprev constando o pagamento de pensão por morte à filha menor, tutelada pela mãe-autora, desde a data do óbito, e com endereço declarado à Rua Carlos Pavan, 45; Termo de advertência - prisão albergue domiciliar, emitido pela 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Bauru, datado de 27.03.2012, em que o falecido declara endereço à Rua Carlos Pavan, 45; comprovante de pagamento de água, em nome da autora, com endereço à Rua Carlos Pavan, 45; Laudo de exame citopatológico do colo do útero, e ficha de atendimento ambulatorial, em nome da autora, datados, respectivamente, de 05.11.2012 e 26.12.2011, em que declara endereço à Rua Pavan, 45; comprovante de pagamento de água, em nome do falecido companheiro, no mesmo endereço da autora; comunicado de decisão de indeferimento parcial de pedido de pensão por morte, requerido na esfera administrativa em 08.01.2013.

Nesse caso, por ocasião do óbito do de cujus, foi concedida administrativamente pensão à filha. Assim, não se cogita que ele não ostentasse a qualidade de segurado.

De outro lado, a autora apresentou início de prova material da condição de companheira do falecido (certidão de nascimento da filha em comum; documentos que comprovam residência no mesmo local). Justifica-se, portanto, o reconhecimento da qualidade de companheira. Assim, a dependência econômica é presumida.

Ora, nessas circunstâncias, comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de pensão por morte, o direito que persegue a autora merece ser reconhecido.

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REMESSA OFICIAL. AGRAVO RETIDO. PRELIMINARES. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INÉPCIA DA INICIAL. LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. QUALIDADE DE SEGURADO. GOZO DE BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

5- União estável comprovada por início de prova material corroborada por prova testemunhal.

6- A companheira é dependente por presunção legal, a teor do disposto no artigo 16, inciso I e § 4º da Lei nº 8.213/91.

7- O falecido gozava de benefício previdenciário (aposentadoria por invalidez), mantendo, assim, sua qualidade de segurado, nos termos do artigo 15, I, da Lei nº 8.213/91.

8- A pensão é devida desde a data da citação, ante a ausência de pedido na esfera administrativa e porque o requerimento da Autora deu-se 30 dias após o óbito, nos termos do artigo 74, I, da Lei nº 8.213/91.

9- Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), calculados sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante o parágrafo 3º, do artigo 20, do Código de Processo Civil e conforme orientação desta Turma e da Súmula nº 111 do STJ.

10- Agravo retido improvido. Preliminares rejeitadas. Apelação do INSS e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas.

(TRF 3ª REGIÃO; AC: 810823 - SP (200203990259190); Data da decisão: 08/11/2004; Relator: Juiz Santos Neves)

De se observar que a pensão por morte vem sendo paga, desde a data do óbito, à filha do casal. Assim, impõe-se, apenas, a inclusão da requerente como dependente. Isto porque a inclusão posterior só produz efeitos a partir da efetiva inscrição ou habilitação, à luz do art. 76, *caput*, da Lei de Benefícios.

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO DO FALECIDO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. INCLUSÃO POSTERIOR DE DEPENDENTES. PRODUÇÃO DE EFEITOS A PARTIR DA HABILITAÇÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - A qualidade de segurado do falecido resta incontroversa, pois conforme se verifica dos autos, os co-autores e co-réus já gozam do benefício de pensão por morte, fato este que pressupõe o reconhecimento da referida qualidade de segurado por parte do órgão previdenciário.

II - A inclusão posterior de dependente produz efeitos a partir da data da respectiva habilitação ou inscrição, aplicando-se o disposto no artigo 76 da Lei nº 8.213/91.

III - A autarquia previdenciária não pode ser induzida a efetuar pagamento de valores que, em tese, já o tenha feito, uma vez que o benefício de pensão equivale a 100% do valor da aposentadoria do ex-segurado, não podendo ultrapassar esse patamar em razão da inclusão posterior

de dependente.

IV - Não há condenação dos autores aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

V - Apelação dos autores improvida.

(TRF - 3ª Região - AC - Apelação Cível - 936218 - Processo: 200061040019355 - UF: SP - Órgão Julgador: Décima Turma - Data da decisão: 28/03/2006 - DJU DATA: 26/04/2006 - pág.: 582 - rel. Juiz Sergio Nascimento)

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.

A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a data desta decisão, considerando que o pedido foi julgado improcedente pelo juízo “a quo”.

As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo somente quando em reembolso.

Por essas razões, *dou parcial provimento ao apelo da parte autora*, para reformar a sentença, e julgar parcialmente procedente o pedido de pensão por morte, com termo inicial a partir da implantação do benefício.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0025957-95.2016.4.03.9999
(2016.03.99.025957-7)

Apelante: DIANA MICHELLE DE OLIVEIRA INHANI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO JOAQUIM DA BARRA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI
Classe do Processo: AC 2176878
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2016

EMENTA

PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. LEI 8.213/1991. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE LABORAL AFASTADA. BENEFÍCIOS DENEGADOS.

- Rejeita-se a preliminar porquanto não se vislumbra cerceamento de defesa. Embora o magistrado não esteja adstrito às conclusões da prova técnica, ela é essencial nas causas que versem sobre incapacidade laborativa, sendo impertinente a prova testemunhal.

- Nos termos da Lei nº 8.213/91, o auxílio-doença é devido ao segurado que ficar temporariamente incapacitado para o exercício de sua atividade habitual (artigo 59), e que, cumulativamente, cumpra a carência de doze contribuições mensais, quando exigida (artigos 24; 25, I e 26, II) e demonstre que não era portador da alegada enfermidade ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

- Muito embora o perito tenha afirmado haver incapacidade parcial e permanente, o que se verifica, em verdade, é que a parte autora tem limitações para o exercício de atividades que possam causar sobrecarga à sua coluna lombar (como a de empregada doméstica que exercia), estando apta, no entanto, para outras funções similares como cozinheira, copeira, merendeira, etc.

- Ora, a presença de limitações ao exercício de determinada atividade, com aptidão para outras que possam igualmente prover seu sustento não conduzem à concessão de benefício por incapacidade laboral e, tampouco, do benefício assistencial previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93.

- 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, rejeitar a preliminar, e, no mérito, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de setembro de 2016.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Trata-se de apelação interposta por DIANA MICHELLE DE OLIVEIRA INHANI em face da r. sentença que julgou improcedente o pedido deduzido na inicial, condenando a requerente ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à causa, a serem executados nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/1950, haja vista ser a sucumbente beneficiária da gratuidade judiciária.

Pretende a parte autora, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, requerendo a reabertura da instrução processual para a produção de prova testemunhal. No mérito, postula a reforma do julgado, ao argumento de que preenche os requisitos necessários ao restabelecimento do auxílio-doença (NB 604.170.501-6), cessado em 17/04/2014, e posterior conversão em aposentadoria por invalidez, ou a concessão de benefício assistencial. Prequestiona a matéria para fins recursais (fls. 161/168).

A parte apelada não apresentou suas contrarrazões.

É o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

A preliminar não merece prosperar, porquanto não se vislumbra cerceamento de defesa. Embora o magistrado não esteja adstrito às conclusões da prova técnica, ela é essencial nas causas que versem sobre incapacidade laborativa, sendo impertinente a prova testemunhal.

Por sua vez, os laudos periciais foram elaborados por peritos de confiança do juízo, trazendo elementos suficientes para análise acerca da incapacidade, cabendo ao magistrado, no uso de seu poder instrutório, avaliar a suficiência da prova para formação do seu convencimento (CPC/1973, art. 130).

No mérito, discute-se o direito da parte autora a benefício por incapacidade.

A aposentadoria por invalidez, segundo o 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.

Já o auxílio-doença é devido a quem ficar temporariamente incapacitado, à luz do disposto no art. 59 da mesma lei. Trata-se de incapacidade “não para quaisquer atividades laborativas, mas para aquela exercida pelo segurado (sua atividade habitual)” (Direito da Seguridade Social, Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen, Livraria do Advogado e Esmafe, Porto Alegre, 2005, pág. 128).

Assim, o evento determinante para a concessão desses benefícios é 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) ou a incapacidade temporária (auxílio-doença), observados os seguintes requisitos: 1 - a qualidade de segurado; 2 - cumprimento da carência de doze contribuições mensais - quando exigida; e 3 - demonstração de que o segurado não era portador da alegada enfermidade ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência.

cia Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

No caso dos autos, a ação foi ajuizada em 15/05/2014 (fl. 02) visando ao restabelecimento de auxílio-doença e posterior conversão em aposentadoria por invalidez, ou à concessão de benefício assistencial, desde a data da cessação do benefício, em 17/04/2014.

O INSS foi citado em 24/06/2014 (fl. 49v.).

Realizada a perícia médica em 16/03/2015, o laudo médico considerou a periciada, empregada doméstica, nascida em 11/07/1981, que estudou até a 8ª série do ensino fundamental, *parcial e permanentemente incapacitada* para o trabalho, por ser portadora de “*discopatia degenerativa e hérnia de disco*” (fls. 117/120).

Observa-se que o perito judicial, após anamnese, exames físicos e análise dos documentos médicos que instruem o feito, destacou à fl. 119:

A autora, no exame clínico da perícia hoje realizada, apresenta limitação para aquelas atividades que venham forçar as estruturas de sua coluna lombar que poderiam exacerbar ou recidivar o sintoma dor da doença degenerativa que é portadora. Atividades que exijam flexo extensão repetidas vezes da coluna lombar ou aquelas que tenham que carregar pesos maiores que dez quilos. Entretanto está apta a exercer várias funções que venham prover seu sustento tais como a de cozinheira, copeira, merendeira etc. Baseado nos relatórios médicos dos autos a DID estimada é do ano de 2010 e a DII é do ano de 2013.

Muito embora o perito tenha afirmado haver incapacidade parcial e permanente, o que se verifica, em verdade, é que a parte autora tem limitações para o exercício de atividades que possam causar sobrecarga à sua coluna lombar (como a de empregada doméstica que exercia), estando apta, no entanto, para outras funções similares como cozinheira, copeira, merendeira, etc.

Ora, a presença de limitações ao exercício de determinada atividade, com aptidão para outras que possam igualmente prover seu sustento, não conduzem à concessão de benefício por incapacidade laboral e, tampouco, do benefício assistencial previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93.

Ressalte-se que a concessão administrativa de auxílio doença no período de 21/07/2015 a 06/07/2016 (NB 611.199.678-2) não implica reconhecimento da incapacidade em momento anterior, quando da realização da perícia judicial, face ao caráter degenerativo e progressivo da moléstia diagnosticada. Além disso, não há notícia nos autos acerca da causa que ensejou tal concessão.

Quanto ao prequestionamento suscitado, assinalo não haver qualquer infringência à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

Direito Processual Civil



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0018059-60.1994.4.03.6100

(2007.03.99.045351-4)

Agravante: JOSÉ CARLOS VENTRI

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: JOSÉ CARLOS VENTRI

Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Classe do Processo: AC 1264900

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2016

EMENTA

AGRAVO LEGAL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557 DO CPC DE 1973. EMBARGOS A EXECUÇÃO. CONTRATO DE MÚTUO. NOTA PROMISSÓRIA. PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE TÍTULO. LIQUIDEZ DO TÍTULO. JUROS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E TAXA DE RENTABILIDADE. MULTA CONTRATUAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O julgamento monocrático se deu segundo as atribuições conferidas ao Relator pelo artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, em sua redação primitiva.

2. Tratando-se de agravo legal interposto na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e observando-se o princípio “tempus regit actum”, os requisitos de admissibilidade recursal são aqueles nele estabelecidos (Enunciado nº 02 do Superior Tribunal de Justiça).

3. Por ocasião do julgamento do recurso, contudo, dever-se-á observar o disposto no §3º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015.

4. Em relação à prova pericial, afastada a preliminar de cerceamento do direito de defesa, em se tratando de julgamento antecipado da lide.

5. O entendimento no STJ, no sentido, que o contrato de mútuo bancário constitui documento hábil a autorizar a cobrança na via executiva.

6. Não há como se eximir da responsabilidade a que se obrigou ao assinar voluntariamente o contrato, uma vez que, sendo a nota promissória um acessório vinculado ao contrato de mútuo, a sua ausência não tem o condão de invalidar a dívida ora exigida, uma vez que o crédito tem origem em contrato de empréstimo bancário, cuja natureza de título executivo está em consonância com o disposto no Art. 585, II, do CPC.

7. Não foi negada a existência da dívida. Ademais, afirma às fls. 03, item 02, que “O EMBARGANTE, à época, era Diretor Estatutário da Companhia e *em razão do cargo que ocupava, bem como a competência funcional expressa nos Estatutos da EXECUTADA*, avalizou, juntamente com os demais, a operação objeto destes embargos.” (grifei).

8. Não foi juntado o estatuto social da empresa executada para comprovar os limites da sua responsabilidade no período em que laborou junto à empresa executada.

9. O inconformismo pela ausência da nota promissória avalizada não procede, sendo irrelevante para o deslinde da causa, uma vez que estão perfeitamente delineadas no contrato juntado aos autos, as condições em que se operou a transação, com as quais

aquiesceram as partes ao lançar suas assinaturas, constando na Cláusula Décima Segunda, que os signatários, “(...) *respondem solidariamente, por todas as obrigações principais e acessórias deste contrato, pelo que o assinam em conjunto com a FINANCIADA.*” (grifei).

10. A Taxa Referencial, prevista pela Lei 8.177/91, já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn que levou o nº 493-O/DF, tendo como Relator o Ministro Moreira Alves que, consignando seu entendimento acerca do tema, disse não caber a utilização da TR para fins de correção monetária, considerando o seu caráter predominantemente remuneratório, *exceto* para as hipóteses de ativo financeiro.

11. Os contratos firmados após a Lei 8.177/91, hipótese contemplada nestes autos, não existem óbices à aplicação da TR, caso seja esse o índice eleito pelas partes, como indexador da correção do dinheiro emprestado. No caso, há previsão expressa na cláusula terceira do contrato de mútuo acerca da utilização da referida taxa.

12. O anatocismo em razão do acréscimo da taxa de remuneração de 1% ao mês, anoto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta para a inexistência de limitação ao teto de 10% de juros ao ano.

13. A nota de débito, juntada às fls. 15 da execução, contém o valor das prestações vencidas, os encargos, o valor da multa contratual e o total da dívida, que na data de 03.12.93 importava em CR\$ 423.511.612,56, calculados de acordo com as cláusulas previstas no contrato. Ademais, foi juntada a nota de débito contendo o demonstrativo pormenorizado da dívida, consoante fls. 28/30 destes.

14. A afirmação de não ter sido comprovada a liberação do valor emprestado, também não lhe assiste razão.

15. As fls. 12/22, a devedora Constecca efetuou apenas o pagamento de quatro prestações, deixando de pagar as demais, donde se conclui que a instituição financeira cumpriu a sua parte, depositando o valor consignado, na forma estipulada na Cláusula Primeira, *verbis*: “ENTREGA E LEVANTAMENTO DO MÚTUO - O financiamento ora concedido, no valor de Cr\$ 5.047.939.997,39 (cinco bilhões quarenta e sete milhões novecentos e trinta e nove mil novecentos e noventa e sete cruzeiros e trinta e nove centavos), será entregue à FINANCIADA, mediante crédito na conta número 0249.003.52461-0 de que é titular, na Agência DOM JOSE DE BARROS da CEF, SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL/SÃO PAULO.”.

16. Nos autos da execução em apenso (fls. 113/114), foram propostas algumas formas de composição pela empresa executada, através de um de seus avalistas, Alberto Mayer Douek, para o fim de viabilizar o pagamento do débito de forma alternativa, quando da realização de audiência de conciliação e julgamento nos autos dos embargos nº 2007.03.99.045353-9 (nº originário 94.0018061-6) opostos pela empresa executada (fls. 70/71 e 74/75 dos referidos embargos). Depreende-se do exposto que ao propor o acordo, com formas alternativas de pagamento, a executada reconheceu como devido o valor cobrado na execução. Compulsando os autos dos embargos onde foi realizada a audiência de conciliação, verifico que dela também participou o ora apelante, acompanhado de seu respectivo patrono.

17. A nota promissória nos autos, em nada modificaria a situação, uma vez que se obrigou, na qualidade de devedor solidário, pela dívida contraída pela empresa da qual fazia parte.

18. Configurada a responsabilidade solidária e, não demonstrado nenhum vício a inquirir de nulidade o título executivo extrajudicial e diante da literalidade, liquidez e

certeza do débito, deve a execução prosseguir em seus ulteriores termos.
19. Agravo legal desprovido.

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 ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de setembro de 2016.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal interposto por JOSÉ CARLOS VENTRI, em face de decisão monocrática terminativa (art. 557 do CPC), que negou seguimento à sua apelação.

A parte sustenta, em síntese, nulidade da execução por conta de ausência de título executivo, ou seja, por ser avalista de nota promissória emitida em nome da empresa devedora, sendo a execução com base em contrato de mútuo e não ter apresentado a nota promissória, pela falta de liquidez do título, a ocorrência de cerceamento de defesa, por não ter sido realizado a prova pericial, a impossibilidade de pagamento de juros abusivos, da comissão de permanência e taxa de rentabilidade, bem como a multa contratual.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

O julgamento monocrático se deu segundo as atribuições conferidas ao Relator pelo artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, em sua redação primitiva.

Tratando-se de agravo legal interposto na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e observando-se o princípio “tempus regit actum”, os requisitos de admissibilidade recursal são aqueles nele estabelecidos.

Nesse sentido é a dicção do Enunciado nº 02 do Superior Tribunal de Justiça:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Por ocasião do julgamento do recurso, contudo, dever-se-á observar o disposto no §3º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015.

Pois bem.

Em primeiro lugar, deve ser afastada a preliminar arguida de cerceamento do direito de defesa, em se tratando de julgamento antecipado da lide, conforme dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

Em casos idênticos o STJ, *in verbis*:

Entendendo o julgador que há elementos suficientes para o julgamento da lide, em razão das provas já produzidas no processo, não há que se falar em cerceamento de defesa, pelo indeferimento da produção de prova pericial, a teor do art. 420, parágrafo único, do CPC. Precedentes: REsp nº 215.011/BA, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 05/09/05 e REsp nº 276.002/SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 05/02/01. (REsp 878226/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ 02.04.07).

PROCESSUAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PEDIDO DE PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. AVAL DADO POR SÓCIO-GERENTE. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA. DISCUSSÃO SOBRE ATO PRATICADO COM EXCESSO DE PODERES IRRELEVANTE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO.

I. É possível ao juízo da instrução a dispensa das provas requeridas pela parte, quando desnecessárias ao julgamento da causa, o que se verificou na hipótese dos autos.

II. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 183050/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJ 13.11.2000, p. 145).

Afirma ser nula a execução fundada apenas no contrato, uma vez que não é título hábil para a cobrança pretendida, sendo imprescindível a apresentação do título devidamente avaliado. Contudo, razão não lhe assiste.

É firme o entendimento no STJ, que o contrato de mútuo bancário constitui documento hábil a autorizar a cobrança na via executiva, consoante os arestos:

PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TÍTULO HÁBIL. CPC, ART. 585, II.

I. O contrato de mútuo bancário, ainda que os valores sejam depositados em conta corrente, constitui, em princípio, título hábil a autorizar a cobrança pela via executiva, não se confundindo com contrato de abertura de crédito. (grifei)

II. Recurso conhecido e desprovido.

(REsp 324189/ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma e DJ 04.02.2002, p. 387).

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO POR TEMPO CERTO E TAXA DE JUROS DETERMINADA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRATIVO CONTÁBIL - EXCESSO DE EXECUÇÃO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

I - O contrato de crédito direto a usuário final não se confunde com o contrato de abertura de crédito em conta corrente, servindo como título hábil para execução, à medida que contém valor certo, com pagamento de prestações de valor também certo, mais os encargos previstos no contrato. (grifei)

II - A ausência do demonstrativo a que se refere o art. 614, II, do Código de Processo Civil, no

caso, não interfere na liquidez e certeza do título considerando que o valor da execução foi aquele estabelecido no contrato, podendo-se expurgar eventual excesso.

III - “omissis”

IV - Recurso especial não conhecido.

(REsp 245591/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, DJ 16.04.2001, p. 107)

Portanto, não há como se eximir da responsabilidade a que se obrigou ao assinar voluntariamente o contrato, uma vez que, sendo a nota promissória um acessório vinculado ao contrato de mútuo, a sua ausência não tem o condão de invalidar a dívida ora exigida, uma vez que o crédito tem origem em contrato de empréstimo bancário, cuja natureza de título executivo está em consonância com o disposto no Art. 585, II, do CPC.

Não foi negada a existência da dívida. Ademais, afirma às fls. 03, item 02, que “O EMBARGANTE, à época, era Diretor Estatutário da Companhia *e em razão do cargo que ocupava, bem como a competência funcional expressa nos Estatutos da EXECUTADA*, avalizou, juntamente com os demais, a operação objeto destes embargos.” (grifei).

Cumpre considerar que não foi juntado o estatuto social da empresa executada para comprovar os limites da sua responsabilidade no período em que laborou junto à empresa executada.

Consequentemente, o inconformismo pela ausência da nota promissória avalizada não procede, sendo irrelevante para o deslinde da causa, uma vez que estão perfeitamente delineadas no contrato juntado aos autos, as condições em que se operou a transação, com as quais aquiesceram as partes ao lançar suas assinaturas, constando na Cláusula Décima Segunda, que os signatários, “(...) *respondem solidariamente, por todas as obrigações principais e acessórias deste contrato, pelo que o assinam em conjunto com a FINANCIADA.*” (grifei).

Veja-se a jurisprudência do STJ:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO VINCULADO A NOTA PROMISSÓRIA. AVALISTA QUE SE OBRIGOU NO CONTRATO COMO “DEVEDOR SOLIDÁRIO”, “COOBRIGADO”, “CO-DEVEDOR”, “GARANTE-SOLIDÁRIO”. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Resultando inequívoca a intenção das partes contratantes no sentido de que os rotulados “avalistas” respondem solidariamente com o devedor principal pelos encargos assumidos no instrumento contratual, não se mostra admissível o excessivo apego ao formalismo para, sob o simples argumento de não haver aval em contrato, excluir a responsabilidade daqueles que, de forma iniludível e autonomamente, se obrigaram pelo pagamento de integralidade da dívida.

II - A imprecisão técnica não pode servir de subterfúgio aos que desejam esquivar-se do cumprimento de compromissos livremente pactuados, principalmente se, além de figurarem nos títulos como “avalista”, se obrigam, nos contratos a que se acham as cópias vinculadas, como devedores solidários.

(REsp 200421/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 25.09.2000, p. 105);

EXECUÇÃO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO E NOTA PROMISSÓRIA A ELE VINCULADA. JUNTADA POSTERIOR DO ORIGINAL DOS TÍTULOS. ADMISSIBILIDADE NO CASO. EMBARGANTES QUE FIGURAM NO CONTRATO COMO DEVEDORES SOLIDÁRIOS.

- Admissível a juntada posterior dos originais dos títulos embaixadores da execução, uma vez que não circulável o contrato de empréstimo e não impugnada, de outra parte, a autenticidade de ambas as cópias. Inexistência de prejuízo aos devedores.

- Responde pelas obrigações decorrentes do contrato de empréstimo quem, além de prestar aval no título de crédito a ele vinculado, assume a posição de devedor solidário no referido contrato. (grifei)

Recurso especial não conhecido.

(REsp 107245/GO, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, DJ 16.09.2002, p. 187)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Contrato de mútuo. Súmula nº 05/STJ.

1. Para se acatar a tese recursal e reformar o Acórdão recorrido, afastando-se o reconhecimento da obrigação solidária, necessária a interpretação e análise de cláusulas contratuais, especificamente quanto aos termos em que firmado o contrato de mútuo. Incidência da Súmula nº 05/STJ.

2. Consta dos autos que o recorrente responde como garante solidário, por disposição contratual, e por aval prestado em nota promissória. Não se pode falar, portanto, que a relação firmada tenha sido representada por fiança.

3. O simples argumento de não se admitir aval nos contratos não exclui a responsabilidade solidária daqueles que de forma autônoma e voluntária se obrigaram a pagar a dívida integralmente, mormente porque também firmada a obrigação por nota promissória. (grifei)

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 197214/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 22.02.1999, p. 111)

Com relação à aplicação da Taxa Referencial, prevista pela Lei 8.177/91, tal questão já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn que levou o nº 493-o/DF, tendo como Relator o Ministro Moreira Alves que, consignando seu entendimento acerca do tema, disse não caber a utilização da TR para fins de correção monetária, considerando o seu caráter predominantemente remuneratório, *exceto* para as hipóteses de ativo financeiro, tendo a ementa daquele *decisum* a seguinte redação:

Ação direta de inconstitucionalidade.

- Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

- O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F..

- Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna.

- Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, “caput” e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei nº 8.177, de 1 de maio de 1991.

Dessa maneira, pode-se concluir que, com relação aos contratos firmados após a Lei 8.177/91, hipótese contemplada nestes autos, não existem óbices à aplicação da TR, caso seja esse

o índice eleito pelas partes, como indexador da correção do dinheiro emprestado. No caso, há previsão expressa na cláusula terceira do contrato de mútuo acerca da utilização da referida taxa.

No tocante à controvérsia acerca do anatocismo em razão do acréscimo da taxa de remuneração de 1% ao mês, anoto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta para a inexistência de limitação ao teto de 10% de juros ao ano.

Nesse sentido, o entendimento do STJ:

COMERCIAL. CONTRATO DE MÚTUO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). LEI DE USURA (DECRETO Nº 22.626/33). NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 4.595/64. DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR. SÚMULA Nº 596-STF. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. PREVISÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DA MORA. INEXIGIBILIDADE.

I. Não se aplica a limitação de *juros* de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos *contratos de mútuo* bancário.

II. Ausência de vedação legal para utilização da *TR* como indexador de contrato bancário, desde que livremente pactuada.

III. Alteração do entendimento anterior pela 2ª Seção, no sentido da desfiguração da mora, quando esta deveu-se ao acréscimo indevido de encargos motivado exclusivamente pelo credor. Ressalva do ponto de vista do relator.

IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 466840/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJ 18.10.2004, p. 283)

CIVIL - EMBARGOS A EXECUÇÃO - NOTA DE CREDITO RURAL - CORREÇÃO MONETÁRIA.

I - SENDO O CONTRATO FIRMADO APOS A EDIÇÃO DA LEI NUM. 8.177/1991, E HAVENDO AS PARTES PACTUADO A TAXA REFERENCIAL DIARIA (TRD), COMO INDEXADOR, PLENAMENTE LICITO O REAJUSTE POR NÃO SE TRATAR DE SUBSTITUIÇÃO DE ÍNDICE ESTABELECIDO PELA TRD. PRECEDENTES DO STJ.

II - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(REsp 87615/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, DJ 30.09.1996, p. 36642);

Juros. Instituições financeiras. Inaplicabilidade da restrição do Decreto 22.626/33 em relação à taxa de juros. Não se faz mister autorização do Conselho Monetário Nacional, pois livre, em princípio, sua estipulação. Possibilidade, entretanto, de que seja limitado o respectivo valor por aquele Conselho.

(AgRg no REsp 239235/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ14.08.2000, p. 167)

Ressaltando, ainda, que a nota de débito, juntada às fls. 15 da execução, contém o valor das prestações vencidas, os encargos, o valor da multa contratual e o total da dívida, que na data de 03.12.93 importava em CR\$ 423.511.612,56, calculados de acordo com as cláusulas previstas no contrato. Ademais, foi juntada a nota de débito contendo o demonstrativo pormenorizado da dívida, consoante fls. 28/30 destes.

A afirmação de não ter sido comprovada a liberação do valor emprestado, também não lhe assiste razão.

Segundo informações de fls. 12/22, a devedora Constecca efetuou apenas o pagamento de quatro prestações, deixando de pagar as demais, donde se conclui que a instituição financeira cumpriu a sua parte, depositando o valor consignado, na forma estipulada na Cláusula Primeira, *verbis*: “ENTREGA E LEVANTAMENTO DO MÚTUO - O financiamento ora conce-

dido, no valor de Cr\$ 5.047.939.997,39 (cinco bilhões quarenta e sete milhões novecentos e trinta e nove mil novecentos e noventa e sete cruzeiros e trinta e nove centavos), será entregue à FINANCIADA, mediante crédito na conta número 0249.003.52461-0 de que é titular, na Agência DOM JOSE DE BARROS da CEF, SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL/SÃO PAULO.”.

Além disso, informam nos autos da execução em apenso (fls. 113/114), que foram propostas algumas formas de composição pela empresa executada, através de um de seus avalistas, Alberto Mayer Douek, para o fim de viabilizar o pagamento do débito de forma alternativa, quando da realização de audiência de conciliação e julgamento nos autos dos embargos nº 2007.03.99.045353-9 (nº originário 94.0018061-6) opostos pela empresa executada (fls. 70/71 e 74/75 dos referidos embargos). Depreende-se do exposto que ao propor o acordo, com formas alternativas de pagamento, a executada reconheceu como devido o valor cobrado na execução. Compulsando os autos dos embargos onde foi realizada a audiência de conciliação, verifico que dela também participou o ora apelante, acompanhado de seu respectivo patrono.

Portanto, a presença da nota promissória nos autos em nada modificaria a situação, uma vez que se obrigou, na qualidade de devedor solidário, pela dívida contraída pela empresa da qual fazia parte.

Deste modo, configurada a responsabilidade solidária, não demonstrado nenhum vício a inquinar de nulidade o título executivo extrajudicial e diante da literalidade, liquidez e certeza do débito, deve a execução prosseguir em seus ulteriores termos.

Tudo o quanto posto denota o acerto da decisão agravada que, portanto, deve ser mantida.

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo legal*.

É como voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001748-45.2004.4.03.6002
(2004.60.02.001748-4)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: WESLEY LOURENÇO GUIMARÃES E QUEZIA LOURENÇO GUIMARÃES
Interessada: MARIA CLEIDE LOURENÇO GUIMARÃES
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: AC 1339283
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2016

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL PENHORADO. DOAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 84/STJ. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. FALTA DE COMUNICAÇÃO DA DOAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 84, consolidou-se no sentido da admissibilidade da oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.
2. Mantida a sentença no tocante à desconstituição da penhora, pois no caso em exame, “a doação aventada na separação judicial dos pais dos embargantes é anterior a data da celebração do ‘contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente’ que instrumentou o ajuizamento da ação monitória (folha 9 dos autos nº 2000.60.02.001645-0) e muito anterior a data de ajuizamento da ação monitória (22.08.2000)”. Ademais, a ausência de registro da doação na matrícula imobiliária não impede o reconhecimento do direito do embargante.
3. Por força do princípio da causalidade, a CEF não deve arcar com os ônus da sucumbência, pois como a parte embargante não registrou a doação no Cartório de Registro de Imóveis, a embargada não pode ser responsabilizada pela indevida constrição.
4. Apelação a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de outubro de 2016.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF em face de sentença proferida pela 2ª Vara Federal de Dourados/MS que julgou procedente o pedido formulado nos embargos de terceiro, a fim de desconstituir a penhora realizada sobre o imóvel objeto da matrícula nº 6.866, do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Nova Andradina/MS. Condenou a CEF ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Alega a apelante, em síntese, que a doação não chegou a se efetivar, pois o casal, quando da separação judicial, prometeu doar o imóvel, tão logo houvesse a liquidação do mesmo, que ocorreu em 15/07/2003, ou seja, em data posterior ao da celebração do contrato de abertura que se deu em 25/04/1990 e posterior a data de ajuizamento da ação monitória em 22/08/2000. Alega, ainda, que a promessa de doação não chegou a se concretizar, vez que não foi transcrita no Cartório de Registro de Imóveis e que a propriedade só se adquire pela transcrição do título de transferência. Por fim, alega ser injusta e indevida a condenação da CEF no pagamento de honorários advocatícios, pois era impossível saber ou presumir a suposta doação.

Sem as contrarrazões, os autos foram encaminhados a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Esclareço, inicialmente, que, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16.3.2015) - NCPC, em 18 de março de 2016, é necessário fazer algumas observações relativas aos recursos interpostos sob a égide do Código de Processo Civil anterior (Lei nº 5.869, de 11.01.1973) - CPC/73.

O art. 1.046 do NCPC dispõe que “[a]o entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

O art. 14 do NCPC, por sua vez, dispõe que

[a] norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Esse último dispositivo citado decorre do *princípio do isolamento dos atos processuais*, voltado à segurança jurídica. Isso significa que os atos praticados sob a vigência de determinada lei não serão afetados por modificações posteriores. É a aplicação do princípio *tempus regit actum*.

Assim, os atos praticados durante o processo, na vigência do CPC/73 não serão afetados pelo NCPC, tais como as perícias realizadas, os honorários advocatícios estabelecidos em sentença e os recursos interpostos.

Portanto, no exame do presente recurso, aplicar-se-á aos honorários advocatícios o

CPC/73, pois a sentença, que os estabeleceu foi publicada sob a sua vigência, consolidando-se naquele momento o direito e o seu regime jurídico.

Pela mesma razão, não incide no caso a sucumbência recursal de que trata o art. 85, § 11, do NCPC. Isso, aliás, é objeto do enunciado nº 11 do Superior Tribunal de Justiça, aprovado em sessão plenária de 9 de março de 2016:

Somente nos recursos interpostos com decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC.

Feitos estes esclarecimentos, passo ao exame do recurso.

A controvérsia posta nos autos cinge-se à discussão de serem ou não os embargantes proprietários ou possuidores do imóvel penhorado nos autos de ação monitória movida pela Caixa Econômica Federal - CEF, para o fim de manter-se ou não a penhora que recaiu sobre o bem.

Os embargantes afirmam que o imóvel lhes foi doado por seus genitores, por ocasião da separação judicial, em setembro de 1989, conforme comprovam os documentos de fls. 20/25. No caso dos autos, entendo cabível a aplicação da Súmula nº 84 do STJ, por analogia.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 84, consolidou-se no sentido da admissibilidade da oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro. A respeito, confira-se o teor da ementa que transcrevo a seguir:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.245 DO CC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 84/STJ. ALIENAÇÃO JUDICIAL DE BEM ANTERIORMENTE À PROPOSITURA DO PLEITO EXECUTIVO. ART. 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO ANTERIOR À LC Nº 118/2005. SÚMULA 375/STJ. APLICABILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. Como ficou consignado no decisum ora agravado a Corte *a quo* não analisou, ainda que implicitamente, o art. 1.245 do CC. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

2. É assente na jurisprudência desta Corte de Justiça que a celebração de compromisso de compra e venda, ainda que não tenha sido levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis, constitui meio hábil a impossibilitar a constrição do bem imóvel, discutido em execução fiscal, e impede a caracterização de fraude à execução, aplicando-se o disposto no enunciado da Súmula 84/STJ: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.” (REsp 974062/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/9/2007, DJ 5/11/2007, p. 244)

3. “A jurisprudência desta Corte, consolidada com a edição da Súmula 375/STJ, orienta que sem o registro da penhora sobre o imóvel ou prova da má-fé do adquirente, não há que se falar em fraude à execução.” (AgRg no AREsp 48.147/RN, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 7/2/2012, DJe 24/2/2012)

Agravo regimental improvido.

(AGARESP 201304080233, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18/03/2014)

No âmbito deste Tribunal, cito o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DEFESA DA POSSE DE BEM IMÓVEL PENHORADO. ART. 1046 DO CPC. CONTRATO DE VENDA E COMPRA. AUSÊNCIA DE ESCRITURA E REGISTRO IMOBILIÁRIO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 84 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO.

1. O art. 1046 do Código de Processo Civil garante ao terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor, o exercício da defesa de sua posse diante de atos de turbacão e esbulho decorrentes de apreensão judicial, em ação em que não figura como parte.

2. *A embargante adquiriu um imóvel mediante contrato particular de venda e compra firmado em 15 de novembro de 1997, sem que o mesmo fosse registrado no cartório imobiliário. A execução que ensejou a constrição judicial sobre o referido imóvel foi ajuizada em 25 de junho de 1998, e a lavratura do Auto de Penhora e Depósito deu-se em 09 de abril de 2001, o que afasta, a priori, a ocorrência de fraude à execução.*

3. O entendimento cristalizado na Súmula nº 84 do C. Superior Tribunal de Justiça (É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro) aplica-se, por extensão, à hipótese de oposição de embargos de terceiro em que se pretende defender a posse com base em escritura de venda e compra não registrada.

4. Da análise dos documentos acostados aos presentes embargos, restou evidenciado que a parte embargante, terceiro em relação à execução fiscal, detém a posse do imóvel penhorado, o que se comprova mediante o contrato particular de venda e compra, contas de fornecimento de energia elétrica e água, e declaração prestada por três testemunhas. Tal fato não foi questionado em momento algum pela embargada, tornando irrelevante qualquer discussão acerca do título de domínio, ainda que não registrado.

5. Precedentes: STJ, 2ª Turma, REsp nº 1165193/DF, Rel. Min. Humberto Martins, j. 16.12.2010, DJe 14.02.2011; TRF3, 3ª Turma, AC nº 200003990385873, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 13.06.2001, v.u., DJU 15.08.2001, p. 1636 e TRF3, 2ª Turma, AC nº 98030057154, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. 15.06.2001, v.u., DJU 15.06.2001, p. 793.

6. Estando a decisão devidamente fundamentada, não está o Magistrado obrigado a analisar todos os pontos aduzidos pela parte para fins de prequestionamento.

7. Apelação e remessa oficial improvidas.

(APELREEX 00059902420024036000, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Sexta Turma, e-DJF327/09/2012)

No caso em exame, a doação é anterior a data da celebração do contrato de abertura de crédito em conta corrente, conforme consta da r. sentença, *in verbis*:

No que concerne ao mérito, verifica-se no processo principal (ação monitória - autos nº 2000.60.02.001645-o apensados) que o mandado inicial foi convertido em mandado executivo, com a consequente constrição de parte de um imóvel de propriedade da executada (mãe dos embargantes), objeto da matrícula nº 6.866, do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Nova Andradina/MS.

Os embargantes insurgiram-se contra a referida constrição, alegando que o imóvel lhes pertence, tendo em conta que o imóvel lhes foi transmitido a título de doação, por ocasião da separação judicial de seus pais (autos nº 258/89, que tramitou perante a 2ª Vara da Comarca de Nova Andradina, conforme documentos apresentados com a exordial).

De fato, no acordo de separação consta a promessa de doação do imóvel, objeto da matrícula nº 6.866, do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Nova Andradina/MS, “tão logo haja a liquidação do mesmo”, tendo em vista que se tratava de imóvel financiado pela própria Caixa Econômica Federal (fls. 20/24).

Como se extrai do documento de folha 12, o financiamento do imóvel foi efetivamente liquidado, conforme carta expedida pela Caixa Econômica Federal - CEF, datada de 15.07.2003.

Deve ser salientado que a doação aventada na separação judicial dos pais dos embargantes é anterior a data da celebração do “contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente” que instrumentou o ajuizamento da ação monitória (folha 9 dos autos nº 2000.60.02.001645-o) e muito anterior a data de ajuizamento da ação monitória (22.08.2000).

Assim, a falta do registro da doação no Cartório de Registro de Imóveis não tem o condão de invalidar o ato judicial.

Portanto, deve ser mantida quanto a este aspecto a sentença que julgou procedentes os embargos de terceiro, a fim de desconstituir a penhora realizada sobre o imóvel.

No entanto, assiste razão ao apelante no que diz respeito aos honorários advocatícios. De fato, a CEF não pode ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, em atenção ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve responder pela verba honorária, pois como a parte embargante não fez o registro da doação no Cartório de Registro de Imóveis, a embargada não pode ser responsabilizada pela indevida constrição. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO ANALISADO PELA DECISÃO AGRAVADA. EMBARGOS DE TERCEIRO. REGISTRO DA TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL. AUSÊNCIA. ENCARGOS SUCUMBÊNCIAS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. SÚMULA 303/STJ. 1. Reconsideração da decisão agravada, que deixou de apreciar o dissídio jurisprudencial aventado nas razões do especial. 2. *A inércia da autora dos embargos de terceiro em levar a registro o imóvel penhorado deu causa à propositura da demanda, motivo por que, em atenção ao princípio da causalidade, deve suportar a embargante os encargos sucumbências.* 3. “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios” (súmula 303/STJ). 4. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. (AGRESP 200302294394, PAULO DE TARSO SANSEVERINO, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA: 03/11/2010:)

Posto isso, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação, apenas para afastar a condenação em honorários advocatícios.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0038104-37.2008.4.03.9999
(2008.03.99.038104-0)

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E JOÃO AMORIM DOS SANTOS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO

Classe do Processo: AC 1336615

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2016

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AÇÃO IDÊNTICA PROPOSTA NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. RENÚNCIA AO CRÉDITO EXCEDENTE. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO QUANTO AO PRINCIPAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA AUTÔNOMA. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. APELAÇÕES DESPROVIDAS.

1. Infere-se da análise dos autos que a parte autora propôs ação perante o Juizado Especial Federal de São Paulo/SP com idêntico pedido e causa de pedir, tendo sido proferida sentença de procedência, inclusive com o levantamento do pagamento realizado mediante requisição de pequeno valor.
2. Não se vislumbra a possibilidade de prosseguimento da execução quanto ao principal, pois o recebimento dos referidos valores esvaziam a pretensão executória, uma vez que, ao buscar a mesma pretensão perante o Juizado Especial Federal e concordar com a expedição da requisição de pequeno valor e respectivo levantamento, o embargado renunciou ao restante de seu crédito. Precedentes desta Corte.
3. O advogado tem direito autônomo de executar a verba honorária decorrente da condenação da parte vencida em sucumbência, mesmo que o autor transacione ou renuncie ao crédito apurado, subsiste o direito do advogado à execução dos honorários advocatícios, conforme dispõem os artigos 23 e 24 da Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Precedentes do c. STJ.
4. Apelações desprovidas.

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 às apelações, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de setembro de 2016.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelo INSS e por João Amorim dos Santos em face de sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução, para declarar extinta a execução em relação ao montante devido ao segurado, devendo, no entanto, prosseguir em relação à verba honorária. Sucumbência recíproca.

O segurado sustenta, em síntese, a possibilidade de prosseguimento da execução referente ao crédito excedente ao montante reconhecido e liquidado no âmbito do Juizado Especial Federal.

O INSS, por sua vez, argumenta a impossibilidade de prosseguimento da execução quanto à verba honorária ou, ao menos que sua incidência fique restrita ao montante devido no período compreendido entre janeiro de 1997 e 01.10.1998, ou seja, excluídas as parcelas pagas no âmbito do Juizado Especial Federal.

Com contrarrazões (fls. 66/70 e 79/85), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Não assiste razão aos apelantes.

Consoante o disposto no artigo 301, § 3º, do Código de Processo Civil/1973 “... há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba mais recurso”.

Dos documentos que instruem a inicial dos embargos à execução (fls. 04/10), infere-se que o embargado propôs ação perante o Juizado Especial Federal de São Paulo/SP sob nº 2004.61.84.012445-0, com idêntico pedido e causa de pedir, tendo sido proferida sentença de procedência.

Observo que o trânsito em julgado da referida sentença se deu em data anterior (21.05.2004 - fl. 06) ao do título exequendo, objeto desta execução (onde o decurso de prazo para interposição do agravo previsto no artigo 557, §1º do CPC/73, deu-se em 12.08.2004 - fl. 73, do apenso).

Outrossim, verifica-se que houve a execução do referido título judicial, inclusive com o levantamento dos valores depositados nos autos da ação ajuizada perante o Juizado Especial Federal de São Paulo, a importar na renúncia ao excedente a 60 salários mínimos (fl. 06).

Portanto, ao buscar a mesma pretensão perante o Juizado Especial Federal e concordar com a expedição da requisição de pequeno valor e respectivo levantamento, o embargado renunciou ao restante de seu crédito, devendo, portanto, ser mantida a extinção a execução em relação ao segurado. Neste sentido:

AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REVISÃO DA RMI PELO IRSM DE 39,67% DE FEVEREIRO DE 1994. AÇÃO IDÊNTICA PROPOSTA NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. RENÚNCIA AO CRÉDITO EXCEDENTE. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

I. Em que pesem os fundamentos da r. decisão monocrática, não há como se admitir o prosseguimento do feito em apenso, em virtude da constatação de causa extintiva da execução, consistente na renúncia ao crédito excedente ao montante já recebido em decorrência da lide idêntica proposta no JEF, devendo ser declarada extinta a execução, com respaldo nos incisos I e III do artigo 794 do Código de Processo Civil.

II. Sopesando os princípios norteadores da aplicação do direito ao caso concreto, deve ser obstado o prosseguimento da execução em apenso, em nome do princípio da supremacia do interesse público em relação ao do particular, da moralidade administrativa e da vedação ao locupletamento indevido, em detrimento da proibição imposta à *reformatio in pejus*, consoante já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo.

III. Agravo não conhecido. Execução declarada extinta. (TRF-3ª Região, Sétima Turma, Agravo Legal em Apelação Cível nº 2010.03.99.042834-8/SP, DJe 28.08.15)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. LITISPENDÊNCIA. JUÍZO COMUM E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. RENÚNCIA AO CRÉDITO EXCEDENTE.

I - O feito que tramitou perante o Juizado Especial Federal deveria ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC, pois quando sua respectiva inicial foi protocolizada feito idêntico já tramitava no Juízo comum.

II - Não obstante a ocorrência de litispendência não se justifica que o JEF declare a extinção do feito indevidamente ajuizado, sem resolução do mérito, tendo em vista que tal feito já foi julgado pelo mérito, tendo a parte autora levantado o valor que o INSS foi condenado a lhe pagar.

III - Assim, deve ser mantida a r. sentença recorrida pela qual entendeu-se que o autor, ao optar por propor nova ação perante o Juizado Especial Federal, e concordar com a expedição de requisição de pequeno valor, renunciou ao crédito que seria devido na presente execução.

IV - Apelação do autor improvida. (TRF-3ª Região, Décima Turma, Apelação Cível nº 2002.61.03.000796-1/SP, DJe 03.09.09)

De outro lado, o advogado tem direito autônomo de executar a verba honorária decorrente da condenação da parte vencida em sucumbência. Desta forma, ainda que o autor transacione ou mesmo renuncie ao crédito apurado, subsiste o direito do advogado à execução dos honorários advocatícios.

Nesse sentido dispõem os artigos 23 e 24 da Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB):

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

§ 1º. A execução dos honorários pode ser promovida nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o advogado, se assim lhe convier.

§ 2º. Na hipótese de falecimento ou incapacidade civil do advogado, os honorários de sucumbência, proporcionais ao trabalho realizado, são recebidos por seus sucessores ou representantes legais.

§ 3º. É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência.

§ 4º. O acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convencioneiros, quer os concedidos por sentença.

Ademais, a condenação da Autarquia Previdenciária ao pagamento da verba honorária ocorreu no processo de conhecimento, que seguiu seu trâmite normal até o final, com o trânsito em julgado da decisão condenatória, sem que fosse noticiada a propositura de ação perante o Juizado Especial Federal. Desse modo, permanece a obrigação da Autarquia de arcar com o pagamento da verba honorária decorrente da condenação integral judicialmente imposta, pois se trata de parcela autônoma, da qual é titular o advogado. Nesse sentido, precedentes do c. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESISTÊNCIA DA EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA AUTÔNOMA. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. RECURSO ESPECIAL 1.347.736/RS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A controvérsia debatida nos autos gira em torno da possibilidade de executar-se os honorários advocatícios, quando há desistência do processo principal.
2. A verba honorária, por ser direito autônomo do causídico, pertence exclusivamente ao advogado nos termos do art. 23 da Lei 8.906/1994, que dela pode dispor como lhe aprouver.
3. A desistência da parte autora não alcança os honorários, se nela não estiver qualquer menção à verba advocatícia, ou se não constar, nos autos, declaração de que o advogado abdica de seu direito. Observância do Recurso Especial Repetitivo 1.347.736/RS.
4. Agravo regimental não provido. (STJ, Segunda Turma, Ag no REsp - 1439.181/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 21/05/2014).

PROCESSUAL CIVIL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VALORES DEVIDOS - SUCUMBÊNCIA X CONTRATADOS - EXISTÊNCIA AUTÔNOMA - ARTS. 22 E 23 DA LEI Nº 8.906/94 - SÚMULA 306/STJ - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O acordo firmado entre as partes originárias (CAESB e ECAL) não repercuta na esfera patrimonial dos advogados que patrocinaram a causa.
2. Os honorários sucumbenciais fixados em sentença transitada em julgado fazem parte do patrimônio do advogado e somente este pode dispor de tal verba. Aplica-se, “in casu”, a segunda parte da Súmula 306 do STJ: verbis: “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.
3. A renúncia à verba honorária sucumbencial deve ser expressa, sendo vedada sua presunção pelo mero fato de não ter sido feitas ressalvas no termo do acordo entre os litigantes originários. Recurso especial parcialmente provido, para restabelecer a decisão de primeiro grau. (STJ, Segunda Turma, REsp 958327/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 17/06/2008).

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557 DO CPC. EXECUÇÃO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO ATINENTE À VERBA HONORÁRIA DE SUCUMBÊNCIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

1. Descabe a condenação do autor nas penas de litigância de má-fé, porquanto para sua configuração é necessária a presença da intenção maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária, o que não restou comprovado no caso em tela.
2. O feito principal foi ajuizado anteriormente ao distribuído no Juizado Especial Federal de São Paulo, os quais versam sobre a revisão do benefício mediante o reconhecimento de atividade especial e a consequente alteração da renda mensal, sendo que este processo transitou em julgado primeiro e no qual já houve o pagamento de diferenças.
3. A execução deve prosseguir para apuração dos valores devidos a título de honorários de sucumbência, sendo que da base de cálculo devem ser abatidas as prestações já recebidas no outro processo, as quais não possuem relação com o título judicial.

4. Agravo legal a que se nega provimento.
(TRF- 3ª Região, Sétima Turma, AI 2013.03.00.023935-9, Rel. Desembargador Federal, DJe 01.04.2014).

Ante o exposto, *nego provimento* às apelações.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

0006922-45.2012.4.03.6102

(2012.61.02.006922-7)

Embargante: JOHANNES LAMBERTUS REINIER VAN OOSTEN

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 113/119

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AC 1977618

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PAGAMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Mesmo para fins de prequestionamento, os embargos de declaração só tem cabimento quando presente contradição, omissão ou obscuridade no julgado.
2. Com o advento da EC 62/09, o mecanismo do art. 100, § 1º-A, da CF/1988 restou mantido, e ampliado no § 2º. Os honorários advocatícios passaram a ser considerados verba alimentar, devendo ser pagos ao causídico na forma estabelecida no título judicial.
4. Os valores pagos administrativamente referem-se a uma aposentadoria por idade, que não guarda relação direta com a aposentadoria pleiteada judicialmente. De acordo com o que restou determinado no título executivo, os valores pagos administrativamente devem ser compensados no ato da liquidação do julgado. Porém, tal compensação não deve interferir na base de cálculo dos honorários advocatícios.
5. Revisto o entendimento anteriormente manifestado acerca da matéria, a base de cálculo dos honorários deve ser composta pela totalidade dos valores devidos.
6. O valor dos honorários deve ser fixado em R\$ 22.238,30, considerada a integridade da base de cálculos, sem desconto dos valores pagos administrativamente e antecipados via tutela.
7. Embargos de declaração acolhidos.

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, acolher os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de setembro de 2016.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Embargos de declaração opostos pelo exequente contra acórdão que, por unanimidade, negou provimento ao agravo legal, mantendo a decisão de fls.88/91v, que deu parcial provimento ao recurso do INSS e, de ofício, fixou o valor da execução em R\$ 225.143,99.

O embargante sustenta haver contradição na decisão, posto que o “benefício econômico do autor” equivale aos valores da concessão judicial, sem abatimento dos valores recebidos via antecipação de tutela e de valores decorrentes da concessão de benefício administrativamente.

Presquiona a matéria para fins de interposição de recursos a instâncias superiores.

Os embargos foram opostos tempestivamente.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Embargos de declaração opostos pelo exequente alegando contradição da decisão quanto à base de cálculo dos honorários advocatícios.

No que se refere aos honorários advocatícios, a matéria é regulada pela Lei 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da OAB, arts. 23, 24 e 25).

Diz o art. 23 da Lei 8.906/94:

Art.23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Com o advento da EC 62/09, o mecanismo do art. 100, § 1º-A restou mantido no § 1º e ampliado no § 2º do mesmo artigo da CF. Os honorários advocatícios são considerados verba alimentar e devem ser pagos ao causídico na forma estabelecida no título judicial.

Os valores pagos administrativamente referem-se a uma aposentadoria por idade, que não guarda relação direta com a aposentadoria por tempo de contribuição pleiteada judicialmente. Assim, de acordo com o que restou determinado no título executivo judicial, os valores pagos administrativamente devem ser compensados no ato da liquidação do julgado, porém, tal compensação não deve interferir na base de cálculo dos honorários advocatícios, que deve ser composta pela totalidade dos valores devidos.

Portanto, recebo os embargos com efeitos infringentes e revejo meu entendimento anteriormente manifestado acerca da matéria.

De acordo com os cálculos elaborados através dos Sistemas de Cálculos Judiciais desta Corte, é devido para o exequente um total de R\$ 211.461,15 (duzentos e onze mil, quatrocentos e sessenta e um reais e quinze centavos), atualizados monetariamente até novembro de 2011.

O valor dos honorários advocatícios foi apurado em R\$ 22.238,30 (vinte e dois mil, duzentos e trinta e oito reais e trinta centavos), atualizados para a mesma data, considerando a

integralidade da base de cálculos, sem desconto dos valores pagos administrativamente, assim como valores pagos via antecipação de tutela.

Fixo o valor total da execução em R\$ 233.699,45 (duzentos e trinta e três mil, seiscentos e noventa e nove reais e quarenta e cinco centavos).

O valor apurado é inferior aos valores apresentados pelo exequente (R\$ 258.357,84) e pelo INSS (R\$ 236.020,39), mas refletem com exatidão o que restou definido no título executivo judicial.

Juntem-se aos autos as planilhas de cálculos elaboradas nesta Corte.

ACOLHO os embargos de declaração com efeitos infringentes, alterando o acórdão para *DAR PROVIMENTO* ao agravo legal e fixar o valor da execução na forma acima explicitada.

É como voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0004843-61.2015.4.03.0000

(2015.03.00.004843-5)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO VICENTE - SP

Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTOS - SP

Parte Autora: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Partes Rés: GMR S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. E OUTROS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Classe do Processo: CC 19461

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CRIAÇÃO DE VARA NO LOCAL DO DANO - REMESSA DOS AUTOS - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*.

I - A competência para o julgamento da ação civil pública é de natureza funcional do Juízo do local do dano, nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.347/1985, critério de natureza absoluta, sendo inaplicável o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

II - Conflito improcedente.

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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de julho de 2016.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de São Vicente em relação ao Juízo Federal da 3ª Vara de Santos - SP nos autos de ação civil pública proposta pela Caixa Econômica Federal contra GRM S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES E OUTROS, para que seja anulado negócio jurídico, com ressarcimento ao erário, referente à compra e venda de duas áreas em São Vicente que foram destinadas à construção de moradias referentes ao PAR - Programa de Arrendamento Residencial.

A demanda tramitava perante o Juízo Federal da 3ª Vara de Santos - SP que, tendo em vista a instalação da 1ª Vara Federal de São Vicente - SP, determinou a remessa dos autos, uma vez que a regra estabelecida no artigo 2º da Lei nº 7.347/1985 é de natureza funcional, absoluta, sendo inaplicável o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (fl. 05/08).

Redistribuído ao Juízo Federal de São Vicente, sobreveio a decisão de fls. 03/04, em que foi suscitado conflito negativo de competência, aduzindo o Juízo Suscitante, em síntese, que a criação de vara nova não altera a competência para o julgamento de ação civil pública, devendo ser observado o disposto no artigo 87 do Código de Processo Civil (princípio da perpetuação da jurisdição), nada dispondo a Lei 7.347/1985.

O Juízo Federal Suscitante foi designado para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 41).

A Procuradoria Regional da República opinou pela improcedência do conflito (fls. 48/49).

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

A controvérsia que ensejou o presente conflito de competência decorre da aplicação, ou não, do princípio da perpetuação da jurisdição em sede de ação civil pública.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais firmou-se no sentido de que a competência para o julgamento da ação civil pública é de natureza funcional do Juízo do local do dano, nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.347/1985, critério de natureza absoluta, que, no presente caso, é do Juízo Federal de São Vicente, sendo inaplicável o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL FUNCIONAL. NATUREZA ABSOLUTA. APLICAÇÃO DO ART. 20. DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE NOVAS VARAS FEDERAIS. CIRCUNSCRIÇÃO QUE ABRANGE O LOCAL DO AVENTADO DANO. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. REGRA DO ART. 87 DO CPC. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DETERMINAR A REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO A UMA DAS VARAS FEDERAIS DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE FEIRA DE SANTANA/BA. 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento de propositura de ação civil pública para apuração de improbidade administrativa, aplicando-se, para apuração da competência territorial, a regra prevista no art. 20. da Lei 7.347/85, que dispõe que a ação deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano (AgRg no AgRg no REsp. 1.334.872/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 14.08.2013). 2. Trata-se de uma regra de competência territorial funcional, estabelecida pelo legislador, a par da excepcionalidade do direito tutelado, no intuito de facilitar o exercício da função jurisdicional, dado que é mais eficaz a avaliação das provas no Juízo em que se deram os fatos. Destarte, tem-se que a competência do local do dano é funcional e, portanto, de natureza absoluta. 3. Tomando-se em conta que o suposto ato ímprobo, objeto da ação subjacente, estaria circunscrito ao Município de Ruy Barbosa/BA, com a instalação da Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA, cuja circunscrição abrange àquele Município, de rigor à redistribuição dos autos, posto que a alteração de competência de natureza absoluta constitui exceção ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, a teor do que dispõe o art. 87 do CPC. 4. Recurso Especial do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL provido para determinar a redistribuição da Ação Civil Pública à uma das Varas Federais da Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA. (STJ, Primeira Turma, RESP 1.068.539, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 03.10.2013)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORO DO LOCAL DO DANO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL ABSOLUTA. INSTALAÇÃO DE SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA. JURISDIÇÃO SOBRE O LOCAL DO DANO. REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO. 1. Nos termos do art. 2º da Lei 7.347/1985, as ações civis públicas “serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. (grifos nossos) 2. No caso, o Ministério Público do Estado do Acre pretende a condenação das empresas Americel S/A, Vivo S/A e Tim Celular S/A a cumprir obrigação de fazer, consistente na adoção de medidas e adequações no sistema operacional e tecnológico que venham a sanar os vícios na qualidade do serviço prestado no Município de Feijó/AC, além do abatimento ou creditamento de metade do valor que seria cobrado aos consumidores pelas ligações não concluídas por falha do serviço. 3. O alegado dano ocorreu em área abrangida atualmente pela Subseção Judiciária de Cruzeiro do Sul/AC, que possui jurisdição, dentre outros, sobre o Município de Feijó/AC, criada e instalada após ajuizamento da ação civil pública. 4. Consoante já se decidiu, em se tratando de ação civil pública, a competência territorial do local do dano é funcional e absoluta, podendo ser declinada de ofício, não se aplicando ao caso o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* previsto no art. 87 do CPC. 5. Conflito de competência que se conhece para declarar a competência do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Cruzeiro do Sul/AC, o Suscitante. (TRF1, Terceira Seção, CC 00693363820144010000, Rel. Des. Fed. Néviton Guedes, DJ 30.07.2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA. FORO DO LOCAL DO DANO. ART. 2º DA LEI Nº 7.347/85. NATUREZA ABSOLUTA. CRIAÇÃO DE VARA NOVA. RESOLUÇÃO TRF5 Nº 25/2011. REDISTRIBUIÇÃO. INDISPENSABILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. INOCORRÊNCIA. EXCEÇÃO DO ART. 87 DO CPC. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão do Juízo Federal da 2ª Vara - João Pessoa/PB, que, com fundamento no art. 4º da Resolução TRF5 nº 25/2011, determinou a redistribuição de ação civil pública por improbidade administrativa ao Juízo Federal da 12ª Vara - Guarabira/PB. “A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o foro do local do dano é competente para processar e julgar Ação Civil Pública, mesmo nos casos de improbidade administrativa./À luz do art. 109, parágrafo 2º, da Constituição Federal, a União pode ser processada no foro do local do dano, o que, na hipótese de Ação Civil Pública, convola em obrigatoriedade, conforme estatuído no art. 2º da Lei 7.347/1985” (STJ, 2T, AgRg no REsp 1043307/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 24/03/2009, DJe 20/04/2009). 2. “Destarte, a atuação ímproba da Fundação ré deu-se no Município de Fortaleza, local onde efetivamente se concretizou o dano, de forma que cabe à Seção Judiciária do Estado do Ceará a competência para processar e julgar o feito (art. 2º, Lei nº 7.347/85), pois, aqui a competência é de natureza absoluta” (TRF5, 2T, AGTR 108324, Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, j. 19/10/2010). “Em se tratando de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, aplica-se a regra do 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’./Nesses casos, a competência do local do dano é funcional e, portanto, absoluta, circunstância que autoriza o seu reconhecimento de ofício e afasta a incidência do enunciado 33 da Súmula do eg. STJ. Precedentes desta Corte e do c. STJ” (TRF1, 2S, CC, Rel. Des. Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, j. 20/10/2010). 3. Tendo o dano ocorrido no Município de Duas Estradas/PB, sendo essa, inclusive, a localidade de domicílio de um dos réus, tem-se por correta a ordem judicial de redistribuição dos autos para a 12ª Vara Federal de Guarabira/PB, cuja competência territorial abrange o Município de Duas Estradas/PB. 4. A decisão vergastada não violou o art. 87 do CPC, que traz o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, pois apenas se realizou a exceção contida no próprio dispositivo legal, que reza: “Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta.

São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”. 5. Pelo desprovimento do agravo de instrumento. (TRF5, Primeira Turma, AG nº 123.659, Registro nº 00035232420124050000, Rel. des. Fed. Francisco Cavalcanti, DJ 21.05.2012)

Diante do exposto, *julgo improcedente* o conflito.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL

0012600-72.2016.4.03.0000

(2016.03.00.012600-1)

Excipiente: MARCOS ALVES PINTAR

Excepto: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - PRESIDENTE

Classe do Processo: SUSPEI 1264

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/09/2016

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - INTEMPESTIVIDADE - PRAZO REGIMENTAL - CONCESSÃO DE PRAZO PARA JUNTADA DE DOCUMENTOS - INVIABILIDADE - REITERAÇÃO DE CONDUTA - MÁ-FÉ RECONHECIDA - MULTA.

I - Descabe pedido suplementar para juntada de documentos, com base na alegação de que os autos não estavam em cartório, se a parte não junta extrato de andamento do feito ou certidão de cartório comprovando a alegação. O dever de colaboração impõe, sobretudo, o dever da parte colaborar com a outra e com o Poder Judiciário para que o processo seja conduzido da melhor forma possível, não impondo o dever de o magistrado buscar provas que a parte não trouxe, sob pena de ofensa ao princípio da imparcialidade;

II - 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);

III - Permitir a oposição de exceção de suspeição depois de encerrado o julgamento, como faz reiteradamente o agravante, conspira contra os princípios da segurança jurídica e do juiz natural. Não se coaduna com os princípios norteadores do direito a imposição de pecha de suspeito a desembargador apenas depois de publicado acórdão que desagrada o excipiente.

IV - O *error in iudicando*, decorrente da má apreciação do direito, deve ser corrigido pela via ordinária do recurso, não originando, por si só, a parcialidade do julgador.

V - A repetição de teses argumentativas já afastadas pelo órgão colegiado competente configura nítido caráter protelatório, manifesta vontade de tumultuar o feito e impedir a célere resolução do conflito. Conquanto se trate de um incidente provocado em processo penal aplica-se a multa do litigante de má-fé por não haver outra sanção adequada.

VI - A multa no valor de R\$ 440,00 (quatrocentos e quarenta reais), correspondente a meio salário mínimo, mostra-se razoável e proporcional, adequada e suficiente para reprimir os abusos praticados pelo advogado, além de estar consonante com os limites previstos no § 2º do artigo 81 do CPC;

VII - 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, 31 de agosto de 2016.

Desembargador Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargador Federal CECÍLIA MARCONDES (Presidente):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo advogado Marcos Alves Pintar contra decisão desta Presidência que rejeitou liminarmente sua exceção de suspeição em face de sua intempestividade (oposta apenas depois de concluído o julgamento de agravo regimental pelo Órgão Especial) e, pelas circunstâncias jurídicas do caso, o condenou por litigância de má-fé ao pagamento de multa de R\$ 440,00 (quatrocentos e quarenta reais), correspondentes a meio salário mínimo, nos termos do artigo 81, § 2º, do CPC, bem como determinou a expedição de ofício à OAB/SP para conhecimento e eventuais providências.

O agravante alega, em síntese, serem aplicáveis os princípios processuais gerais introduzidos pelo Código de Processo Civil, dentre os quais destaca os previstos nos artigos 4º, 6º, 7º e 10, que tratam do regime de cooperação, do direito à solução do mérito, da paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, e ao princípio da não surpresa. Neste contexto, afirma não ter sido observado o princípio da colaboração com a negativa de conceder prazo para juntada de documentos complementares, ressaltando que o extrato de documento inserto no recurso deixa incontroverso que os autos não se encontravam em cartório no momento de se opor a exceção de suspeição e que “na condição de Presidente do maior Tribunal Regional Federal do País a douta Relatora poderia confirmar a alegação de que o feito não estava disponível para extração de cópias em menos de 15 segundo, bastando acessar o sistema e verificar o andamento. Não o fez simplesmente por falta de colaboração com a parte, visando impedir a correta apreciação do mérito” (sic) - fl. 88. Diz que o procedimento foi irregular, cerceando seu direito de defesa e o contraditório substancial.

Aduz 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. No mesmo sentido, aponta ter havido evocação e reprodução de ato normativo sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, porquanto os dispositivos do regimento interno que cuidam do incidente de suspeição não se prestam a tratar da hipótese “na qual a suspeição do julgador se manifesta durante o julgamento” (fl. 111), entendendo que “A Corte desobedeceu ao comando ético previsto no art. 11 do Código de Ética da Magistratura Nacional [...], gerando assim uma situação de surpresa para a parte, em expressa violação ao princípio processual da não surpresa (CPC 2015, arts. 9º e 10)” - fl. 111.

Argui que o trecho citado do julgado da ArRg na ExSusp 95/RJ serviria para justificar qualquer outra decisão, mas que, na espécie, não se presta “pois a inicial da Exceção noticia e demonstra de forma muito clara um verdadeiro ‘emparedamento’ da parte” (fl. 112), não se tratando, “nos termos das alegações lançadas na inicial, de ‘simples decisões contrárias à parte’. O Excipiente é advogado conhecido pelos julgadores desta Corte, não sendo um ‘simples litigante’.” Aponta que pelo método utilizado na decisão, nenhuma suspeição seria conhecida, distorcendo-se os fins da lei e passando o julgador à figura de legislador.

Pugna pelo reconhecimento da tempestividade da exceção nos termos do artigo 146 do CPC porque no TRF3 não há intimação das partes quanto às distribuições realizadas e tampouco de quando os feitos são remetidos à conclusão dos revisores, o que torna inviável a aplicação das regras regimentais. Assim, “só soube da suspeição do Excepto e de sua participação no julgamento quando foi intimado da decisão proferida via Diário Oficial” (fl. 116), de modo que a partir desta dispõe de 15 dias para apresentar a exceção de suspeição.

Afirma que “devido à não intimação do Recorrente na exceção de suspeição, acabou ocorrendo aplicação do princípio da surpresa”, eis que só com a intimação do acórdão é que tomou conhecimento do que ocorrera.

Defende que as exceções de suspeição são procedimentos de cognição ampla, devendo ser facultado às partes todos os meios legais inerentes ao contraditório e à ampla defesa.

Expõe não ter litigado de má-fé porque se limitou a defender um direito que entende legítimo referente à isenção da jurisdição e que sequer há lógica em considerar que possui intenção de procrastinar o andamento do feito porque é o maior interessado no célere julgamento da ação penal privada. Aponta, ainda, ser inaplicável a multa de má-fé no processo penal, consoante decisões mencionadas.

Considera exorbitante o valor da multa, pois no total são 14 exceções de suspeição, de modo que a soma dos valores alcança mais de seis mil reais, de forma que, mantida a penalidade, deve ser reduzida para 1% do valor do salário mínimo. Defende que a multa foi aplicada como forma de angariar recursos, em nítida revanche corporativista, pois há alguns anos ingressou com medida no Conselho Nacional de Justiça para afastar a taxa de desarquivamento de processos.

É o relatório.

Desembargador Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

VOTO

A Exma. Sra. Desembargador Federal CECÍLIA MARCONDES (Presidente):

Insurge-se o agravante contra a decisão que rejeitou a sua exceção de suspeição em face da intempestividade, o condenou por litigância de má-fé e determinou a expedição de ofício à OAB/SP para conhecimento e adoção, se o caso, de providências.

A exceção de suspeição foi rejeitada porque apresentada depois de encerrado o julgamento do agravo regimental interposto contra decisão que não recebeu queixa-crime proposta pelo advogado agravante contra o Juiz Federal Dasser Lettière Júnior. O agravo regimental, de relatoria do Desembargador Federal Toru Yamamoto, foi julgado pelo Órgão Especial na sessão de 26 de maio de 2016, enquanto a exceção de suspeição foi apresentada apenas em 27 de junho de 2016.

O agravante, na ocasião, não juntou nenhum documento. O incidente foi formado apenas com as 60 (sessenta) laudas da peça inaugural e o extrato de distribuição do cartório competente deste tribunal.

Constava na petição, contudo, pedido de concessão de prazo para juntada de documentos necessários, uma vez que os autos não se encontravam em cartório. Aduzido, pedido, porém, foi indeferido “em face da ausência de comprovação de que o autos originários não estavam em cartório.”

Com efeito, cuidando-se de incidente instaurado a partir de processo criminal, o procedimento é regido, *majoritariamente*, pelas regras processuais previstas no Código de Processo Penal. O artigo 98 deste diploma estabelece com clareza:

Art. 98. Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.

Nenhuma prova o agravante produziu. Sequer demonstrou que os autos não estavam em cartório para obter devolução de prazo ou a concessão de prazo suplementar. Competia a ele, parte interessada, provar por meio de extrato de andamento do feito, obtido pela internet, ou por certidão fornecida pela secretaria do juízo, que os autos estavam indisponíveis para acesso.

É ilógico, falacioso e mesmo ofensivo à boa-fé processual a alegação constante no item 16 (dezesesseis) do agravo de que a Presidência do TRF poderia confirmar sua informação em menos de 15 (quinze) segundos por meio de consulta ao sistema de andamento de feitos, só não o fazendo por falta de colaboração com a parte.

No sistema processual brasileiro não compete ao juiz instruir o processo, fazendo juntar provas para decidir em determinado sentido. A equidistância entre o juiz e as partes continua vigente e o dever de colaboração, bem como os demais deveres invocados pelo agravante (artigos 4º, 6º, 7º e 10 do CPC), não têm o alcance por ele sugerido. Para que haja colaboração é necessário que haja *reciprocidade*, “sobretudo, de uma parte colaborar com a outra e com o órgão jurisdicional para que o processo seja conduzido da melhor forma possível” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, RT, 2015, pág. 208).

Na espécie, como já salientei, nenhuma prova, ou melhor, nenhum indício de prova, fez o agravante, deixando o ônus de conferir a veracidade de seu argumento - que os autos não estavam em cartório - a cargo do juízo, o que não se admite sob quebra do princípio da imparcialidade. Portanto, mostrou-se inteiramente descabido o pedido de concessão de prazo adicional, motivo pelo qual ficou indeferido.

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 agravante apenas apresenta sua exceção de suspensão depois de encerrado o julgamento.

No que se refere à evocação de ato normativo sem explicar sua relação com a causa ou com a questão decidida, o *decisum* fala por si. Confira-se, a propósito, trecho da decisão recorrida:

A exceção de suspeição é manifestamente intempestiva porque apresentada *depois* de encerrado o julgamento do agravo regimental.

O *agravo regimental* interposto contra a decisão que não recebeu a queixa-crime *foi julgado* pelo Órgão Especial em sessão realizada no dia *26 de maio de 2016*. Atuou como relator, na ocasião, o eminente Desembargador Federal Toru Yamamoto.

Pois bem, edita o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em seu artigo 282:

Art. 282 - A arguição 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 arguição de suspeição do Revisor poderá ser suscitada em iguais prazos, após a conclusão; *a arguição de suspeição dos demais Desembargadores Federais, até o início do julgamento.* - grifo inexistente no original.

Redação semelhante pode ser encontrada a respeito do tema nos Regimentos Internos dos C. Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Artigo 279 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Art. 279. A suspeição do Relator poderá ser suscitada até cinco dias após a distribuição; a do Revisor, em igual prazo, após a conclusão dos autos; e a dos demais Ministros, até o início do julgamento.

Artigo 274 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 274. A arguição de suspeição do relator poderá ser suscitada até quinze dias após a distribuição, quando fundada em motivo preexistente; no caso de motivo superveniente, o prazo de quinze dias será contado do fato que a ocasionou. A do revisor, em igual prazo, após a conclusão; a dos demais Ministros, até o início do julgamento.

Portanto, cuidando-se de exceção de suspeição apresentada contra Desembargador(a) Federal que participou de julgamento colegiado, sem ser na condição de relator ou de revisor, *o excipiente teria que ter apresentado o pedido até o início daquele julgamento*, ocorrido em 26 de maio pp. Como só o fez em 27 de junho, consoante protocolo, forçoso o reconhecimento da intempestividade.

O sistema jurídico brasileiro não permite que se oponha 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.

De igual modo, permitir que o excipiente oponha exceção de suspeição depois de julgado o processo e publicado o acórdão importa clara afronta ao princípio do juiz natural, já que “não é possível a determinação de um juízo ‘post facto’ ou ‘ad personam’” (Fredie Didier Jr., *in* Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1, 11ª edição, Juspodvm, pag. 92).

Importante ressaltar, *in casu*, que a alegada suspeição *não decorre de motivo superveniente*, como quer fazer crer o excipiente, mas sim da regular atividade jurisdicional do magistrado, consistente na aplicação do Direito ao caso concreto. Para que esta situação fique clara, transcrevo trecho da petição do excipiente (item 47):

47) Fato é que o Excepto, quanto votou no referido caso, atuou em evidente má-fé processual, nitidamente visando prejudicar o Excipiente e beneficiar o Juiz Federal, na medida em que distorce o teor do julgado visando extrair a conclusão que deseja.

Ora, se a decisão judicial foi proferida em desacordo com a norma legal, cabível recurso para que as instâncias superiores reanalisem a questão. O pronunciamento judicial, num sentido ou noutro, não provoca a suspeição do julgador, sendo apenas consequência do convencimento daquele. Neste sentido: “*simples decisões contrárias às pretensões deduzidas pelo excipiente não são suficientes para comprovar suspeição, porquanto ausentes nos autos quaisquer elementos que demonstrem eventual parcialidade do excepto*” (AgRg na ExSusp

95/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 7.10.2009, DJe 29.10.2009).

Resta, assim, evidente o porquê da evocação do Regimento Interno deste E. Tribunal, qual seja, para afastar a tese de que o incidente se mostra tempestivo.

Também não assiste razão ao agravante quando diz ter havido invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. Com efeito, o ordenamento jurídico pátrio veda a adoção de fundamentação genérica, que caberia para embasar qualquer decisão, o que não acontece no caso em testilha.

Não foi o que ocorreu. Ao reconhecer a intempestividade da exceção de suspeição porque apresentada depois do julgamento do feito, consignou-se a inexistência de fato superveniente que ensejasse a suspeição do magistrado, a não ser a manifestação contrária aos interesses do então excipiente. Ficou reconhecida essa situação por meio das próprias razões trazidas pela parte, quando disse:

Fato é que o Excepto, quanto votou no referido caso, atuou em evidente má-fé processual, nitidamente visando prejudicar o Excipiente e beneficiar o Juiz Federal, na medida em que distorce o teor do julgado visando extrair a conclusão que deseja.

O trecho acima não deixa dúvidas de que a alegada parcialidade decorreu do julgamento contrário à tese do então excipiente. Afinal, eventual *error in judicando*, decorrente da má apreciação do direito, deve ser corrigido pela via ordinária do recurso, não originando, por si só, a parcialidade do julgador.

Foi nesse contexto em que citado o julgamento no AgRg na ExSusp nº 95/RJ, que diz que “simples decisões contrárias às pretensões deduzidas pelo excipiente não são suficientes para comprovar suspeição”. Há evidente correlação entre o julgado citado e o caso apresentado pelo agravante.

No que tange à alegada tempestividade da exceção de suspeição, a questão já foi inúmeras vezes decidida neste C. Órgão Especial, sendo de rigor a manutenção do *decisum* que aplicou o artigo 282 do RITRF3 em detrimento da aplicação, por analogia, do Código de Processo Civil. Neste sentido os arestos dos processos a seguir elencados, todos de autoria do ora agravante: 2013.03.00.031246-4, 2013.03.00.031251-8 2013.03.00.0306660, 2013.03.00.031253-1, 2013.03.00.031244-0, 2013.03.00.031254-3, 2013.03.00.031245-2, 2013.03.00.031250-6, 2013.03.00.031252-0, 2013.03.00.031243-9, 2013.03.00.031248-8, 2015.03.00.020997-2 e 2013.03.00.031247-6.

Sobre a má-fé reconhecida pela decisão recorrida e o descabimento da multa por se tratar de processo penal, entendo que nenhuma razão assiste ao agravante.

Com efeito, a repetição de teses já afastadas pela E. Corte, seja com o enfrentamento do cerne da controvérsia, seja em face do reconhecimento da preclusão temporal (intempestividade), configura nítido caráter procrastinatório de quem não concorda com a soberania do julgado e não reconhece a nobre missão do Poder Judiciário de solucionar os conflitos.

Não se está dizendo que as partes devem seguir qualquer comando judicial que lhes desagrade. Para reverter um julgamento desfavorável dispõem os litigantes dos meios processuais inerentes, notadamente os recursos às instâncias superiores.

Acontece que o agravante insistentemente tem abusado do direito ao apresentar exceções de suspeição em face do julgamento de exceções de suspeição, impedindo, por meio destes, o julgamento da ação principal. Como dito anteriormente, discordando do julgamento dos

primeiros incidentes a via adequada para questionar o *decisum* é por meio de recursos aos tribunais superiores, jamais novas exceções.

E mais, sabendo que outros incidentes seus já haviam sido julgados intempestivos por não seguir o prazo do Regimento Interno, por lógica o agravante deveria, nesta nova exceção, obedecer não só o Regimento, mas também o comando judicial emanado desta E. Corte. Essa inobservância significa desrespeito e desprezo à força vinculatória da decisão, ao órgão colegiado que proferiu o *decisum*, ao Poder Judiciário como um todo e à própria Constituição da República.

Evidente, por conseguinte, a má-fé do agravante, ávido por tumultuar o feito e impedir a célere resolução do conflito.

Apesar dos julgados citados pelo agravante a respeito da impossibilidade de se aplicar multa por litigância de má-fé em processos criminais, tenho que, na espécie, não há como ser afastada a penalidade.

O caso *sub judice* diverge dos precedentes jurisprudenciais porque é uma reiteração de incidente processual já afastado pelo mesmo motivo. Ou seja, é uma situação em que o agravante não está se valendo da regra democrática do recurso para se insurgir quanto ao pronunciamento jurisdicional. Ao reverso, cuida-se de conduta perniciosa de obstar a máquina jurisdicional por meio de apresentação de sucessivos e impertinentes incidentes manifestamente intempestivos e infundados.

O entendimento jurisprudencial que veda a aplicação de multa no processo criminal não afasta o reconhecimento da má-fé do litigante. Tampouco o deixa imune a punição. Determina o imediato reconhecimento do trânsito em julgado da decisão condenatória, com baixa dos autos para imediato cumprimento da pena (*STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp nº 151.508/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 29/04/2013*).

Aqui, todavia, não há sanção criminal a ser cumprida. Não bastasse, se trata de um incidente que corre separadamente ao processo criminal e que tem contornos de natureza civil. Sua natureza penal decorre de o feito originário ser uma queixa-crime.

Desse modo, em face dos contornos da lide, da conduta temerária que não pode passar impune e por não ser possível aplicar a sanção que a jurisprudência entende como adequada, razoável aplicar ao agravante multa pecuniária pela litigância de má-fé; medida, ademais, que reputo suficiente e necessária para reprimir os abusos praticados pelo recorrente.

Anoto, por outro lado, a existência de precedente da Suprema Corte permitindo a aplicação de multa de litigância de má-fé em processo criminal. Confira-se:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Matéria criminal. Despacho de mero expediente. Ausência de prequestionamento da matéria constitucional (Súmula 282 do STF). Impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental não provido. Recurso manifestamente protelatório. Litigância de má-fé. Imposição de multa sobre o valor da condenação. Precedente. 1. Os despachos de mero expediente, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante qualquer recurso. 2. Nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que não enseja o reexame da matéria em recurso extraordinário. 3. Imposição ao agravante de pagamento de multa sobre o valor atualizado da condenação, tendo

em vista e interposição de sucessivos recursos manifestamente protelatórios, a configurar a litigância de má-fé (art. 18 do Código de Processo Civil). 4. Agravo regimental não provido. (STF, Pet 4972 AgR/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30.10.2012, DJe 14.11.2012)

O valor da multa, por sua vez, não é exorbitante. Como não há uma causa com valor certo, o CPC determina que a multa seja fixada em até 10 (dez) salários mínimos. Na espécie, optou-se pela fixação em *meio salário mínimo*, ou seja, R\$ 440,00 (quatrocentos e quarenta reais), valor adequado e razoável, dentro dos parâmetros da lei adjetiva para inibir a reiteração de condutas impróprias.

Finalmente, a alegação de que a imposição de multa decorre de uma revanche corporativista para angariar recursos para os tribunais em face da atuação do causídico para afastar cobrança de taxa de desarquivamento de autos não merece maiores incursões, dada a leviandade com que arguida, sua inconsistência e falta de razoabilidade.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.

Desembargador Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

Direito Processual Penal



INQUÉRITO POLICIAL
0021210-39.2010.4.03.0000
(2010.03.00.021210-9)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Requerido: PEDRO TOBIAS
Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: IP 1363
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2016

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO JUDICIAL DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO. ATIPICIDADE DO FATO. INVESTIGADO DETENTOR DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DECISÃO PROFERIDA POR JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. POSTEIROR OFERECIMENTO DE DENÚCIA PERANTE O JUÍZO COMPETENTE. AUSÊNCIA DE PROVAS NOVAS. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. PRESSUPOSTO PROCESSUAL NEGATIVO. PRECEDENTES.

1. Pedido de arquivamento de inquérito, por atipicidade da conduta, formulado pelo *parquet* federal oficiante em primeira instância, acolhido pelo Juízo Federal de primeiro grau, envolvendo investigado parlamentar, detentor de foro por prerrogativa de função.
2. Embora proferida por juízo absolutamente incompetente, a decisão que determina o arquivamento de inquérito é dotada de eficácia preclusiva e possui aptidão de gerar coisa julgada.
3. Não havendo impugnação tempestiva da decisão que arquiva inquérito, fica obstada, à míngua de provas novas, a rediscussão dos fatos relacionados à investigação arquivada. Inteligência do art. 18 do CPP e da súmula nº 524/STF. Precedentes.
4. A presença de pressuposto processual negativo na espécie não afasta a necessidade de exame da inicial acusatória. À vista dos efeitos produzidos pela decisão de arquivamento fundada em atipicidade - a qual, ainda que prolatada por autoridade judicial absolutamente incompetente, tem o condão de fazer coisa julgada material, - de rigor a rejeição da denúncia, ante a manifesta ausência de pressuposto processual para o exercício da ação penal, com fulcro no art. 395, II, do Código de Processo Penal.
5. Denúncia rejeitada. Determinação de retorno dos autos ao arquivo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, determinar o retorno dos autos ao arquivo, rejeitando a denúncia, com fundamento no art. 395, II, do CPP, nos termos do voto que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de agosto de 2016.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA – Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em desfavor de Pedro Tobias, imputando-lhe a prática do crime de *falso testemunho* em sede de processo penal (art. 342, §1º, CP), perante o Juízo Federal da 7ª Vara Criminal de São Paulo/SP, conforme depoimento colhido em 11/03/2009 (fls. 17/17vº), nos autos da carta precatória nº 2008.61.81.013933-9 extraída do processo-crime nº 97.1306661-8 da 1ª Vara Federal de Bauru/SP (fls. 55).

Em 18/06/2010, a Procuradoria Regional da República da 3ª Região enviou à Delegacia de Polícia Federal o Ofício nº 1.178/2010/PRR-3ª Região (fls. 118), requisitando a instauração de inquérito para apuração da prática do crime de *falso testemunho* pelo parlamentar Pedro Tobias. Requereu, também, a sua oitiva. Acompanharam o referido Ofício, os documentos de fls. 1/117.

Considerando-se que o investigado é Deputado Estadual, o sr. Delegado da Polícia Federal expediu ofício encaminhando o expediente a esta E. Corte para deliberação (fls. 119)

Distribuídos os autos, em 16/07/2010, ao E. Desembargador Federal Fábio Prieto, S. Exa. proferiu a decisão de fls. 121/124, cuja parte final transcrevo:

... Por estes fundamentos, acolho a r. decisão da Superintendência Regional da Polícia Federal em São Paulo (fls. 119).

v. Como consequência, determino a instauração de inquérito judicial, convencido pela fundamentação exposta pela Procuradoria Regional da República (fls. 118), e autorizo a diligência proposta pela Instituição.

x. Devolvam-se os autos à Polícia Federal.

y. Cumpra-se.

São Paulo, 02/08/2010

Devolvidos os autos, a autoridade policial instaurou o IPL nº 2.794/2010, conforme Portaria de fls. 02, editada em 20/09/2010, *in verbis*:

... 1. Autue-se, registre-se e façam-se as comunicações de praxe;

2. Encaminhem-se os autos à Justiça Federal, que após a devida distribuição, retornem para que também sejam distribuídos ao Delegado responsável;

Cumpra-se.

Em 04/10/2010, o IPL nº 2.794/2010 foi encaminhado à Justiça Federal (fls. 134) e, após os devidos registros (fls. 134vº), foram os autos remetidos ao Ministério Público Federal (fls. 134vº).

Por cota lançada a fls. 134vº, o membro do *Parquet* Federal em primeiro grau assim se manifestou:

Remeto os presentes autos à PRR-3ª Região, uma vez que os mesmos apuram conduta praticada por Deputado Estadual, conforme se verifica de fls. 118//118vº. O presente IPL foi instaurado por força de requisição da ilustre Dra. Ana Lúcia Amaral, Procuradora Regional da República. SP, 11/11/2010.

Recebidos os autos (fls. 135vº), o I. Procurador Regional da República, Dr. Sergei Me-

deiros Araújo, determinou o retorno dos autos à autoridade policial, para cumprimento da diligência indicada no Ofício nº 1.178/2010/PRR-3ª Região.

Em 29/03/2011, o Sr. Pedro Tobias prestou depoimento perante a autoridade policial (fls. 145/147).

Elaborado o relatório do Inquérito (fls. 152/153) em 1º/04/2011, lavrou-se, na mesma data, termo de remessa dos autos ao “Tribunal Regional Federal da 3ª Região, aos cuidados do Exmo. Desembargador relator do procedimento 0021210-39.2010.4.03.0000/SP” (fls. 154).

Recebidos os autos no Ministério Público Federal em 11/04/2011 (fls. 154vº), em 17/06/2011, o membro do *Parquet* Federal que atua em primeiro grau apresentou promoção de arquivamento, a fls. 155/157, com o seguinte teor:

1. Trata-se de procedimento inquisitorial instaurado com o fito de apurar possível prática do crime tipificado no art. 342 do código penal, supostamente cometido durante audiência de cumprimento de carta de precatória expedida em processo criminal, que foi cumprida pelo juízo da sétima vara criminal desta cidade.

O suposto perjúrio residiria em contradição existente entre os fatos apurados no referido processo, considerados os mesmos como sendo delituosos na sentença ali lançada, e o teor do testemunho prestado perante o juízo deprecado pelo sr. *Pedro Tobias*.

2. Na hipótese, o aludido depoimento revela-se contraditório em relação à participação e à responsabilidade de Joseph Georges Saab quanto a irregularidades na aquisição de equipamentos médicos pela Associação Hospitalar de Bauru/SP em convênio com a União. Apesar do quanto apurado, o Investigado fez afirmações no sentido de corroborar com a tese da defesa de Joseph Georges Saab.

3. Não obstante porém o teor das declarações prestadas pela indicada testemunha quando do cumprimento da carta precatória, o juiz sentenciante de chofre nelas percebeu contradições (às quais fez registrar), reputando S. Exa. falso o depoimento do sr. Tobias.

Ora, tal percepção presta-se, por si só, a indicar o fato de que o sentenciante não depositou o mais mínimo crédito nas palavras da citada testemunha quanto aos fatos pela mesma “esclarecidos”, de modo que a decisão adotada no referido processo penal à tais palavras desprezou solenemente.

4. Isto implica, por seu turno, relativo à seara penal, que o testemunho de Pedro Tobias não ensejou qualquer potencialidade de dano à administração da Justiça, elemento este indispensável à caracterização do crime de falso testemunho (cf. HC 94.03.033183-6/SP. TRF-3ª Região. Rel. Juiz SOUZA PIRES. Decisão unânime. DJU, 30.08.94, p. 55759), razão pela qual é certo dizer ser criminalmente atípico o quanto asseverado por tal testemunha.

5. Logo, face ao articulado supra, requer o Peticionário que se digne V. Exa. em determinar o arquivamento do presente feito, haja vista a atipicidade da conduta nele noticiada.

Espera-se deferimento.

O Juízo Federal da 5ª Vara Criminal de São Paulo/SP, a fls. 158, proferiu decisão, em 18/10/2011, acolhendo a manifestação ministerial, *in verbis*:

Fls. 155/157: Nos termos do parecer ministerial, que acolho integralmente como razão de decidir e que fica fazendo parte integrante desta decisão, determino o ARQUIVAMENTO DOS AUTOS, com as anotações de praxe e as cautelas de estilo, ressaltando-se as disposições contidas no artigo 18 do Código de Processo Penal.

Sem prejuízo, determino a remessa dos autos ao SEDI para atualização dos dados cadastrais, se necessário.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Cumpra-se.

O membro do Ministério Público com atuação em primeiro grau tomou ciência da decisão de fls. 158 em 24/10/2011 (fls. 158vº).

Em 09/11/2011 foi expedido ofício ao “Chefe do Núcleo de Correições da Corregedoria da Polícia Federal”, comunicando o teor da decisão proferida (fls. 159/160).

Em seguida (29/11/2011), foram os autos remetidos ao Arquivo (fls. 160vº)

A fls. 161/162, a Procuradoria Regional da República oficiou ao Juízo Federal da 5ª Vara Criminal de São Paulo (datado de 12/05/2014 e recebido em Secretaria em 20/05/2014), expondo, em síntese, que PRR remeteu os autos à DPF em 29/11/2010 e os mesmos não mais retornaram. Aduziu que, em consulta ao *site* da Justiça Federal, verificou que o inquérito encontrava-se arquivado, sem conseguir, contudo, obter cópia do pedido de arquivamento perante o MPF em primeiro grau. Postulou, assim, vista dos autos ou sua disponibilização para a extração de cópias (fls. 162). Instruiu o ofício com os documentos de fls. 163/175.

O pedido foi deferido pelo Juízo Federal da 5ª Vara Criminal de São Paulo/SP, em 21/07/2014 (fls. 176), obtendo a PRR a respectiva vista em 23/07/14.

Em 07/08/2014, sobreveio aos autos petição da Procuradoria Regional da República da 3ª Região, nos seguintes termos (fls. 177/177vº):

... Tratam os autos de investigação do cometimento, em tese, de crime de falso testemunho praticado por autor que goza de prerrogativa de foro. Deveras, os autos tramitavam perante o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 128/124).

Ocorre que, após relatado, os autos foram desacertadamente remetidos para a Procuradoria da República de São Paulo (1ª instância).

Não atento para o fato, inadvertidamente o órgão ministerial de primeira instância promoveu o arquivamento dos autos perante esta E. Quinta Vara Federal (fls. 155/157) e foi acompanhado em seu desiderato pela MM Juíza (fls. 158).

Mesmo que, em tese, os autos mereçam ser arquivados, o que se analisará a posteriori, como a competência para o conhecimento da matéria em segunda instância se dá em razão da pessoa, ela é absoluta. Assim, aos atos praticados a partir de fls. 155 são nulos.

Destarte, o Ministério Público Federal requer a Vossa Excelência sejam os autos desarquivados, em definitivo, e remetidos para o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região para as anotações de praxe e regularização na tramitação.

O requerimento foi acolhido pelo Juízo Federal da 5ª Vara Criminal de São Paulo/SP, em decisão proferida em 24/9/2014, a fls. 178, com o seguinte teor:

Ante o requerimento encartado à fls. 177, noticiando que o investigado tem foro privilegiado, determino o desarquivamento destes autos e declino da competência em favor do E. TRF-3 para onde os autos deverão ser remetidos após baixa na distribuição. Cumpra-se. Ciência ao Ministério Público Federal.

Ciente o MPF em 23/10/2014 (fls. 178vº), os autos foram devolvidos à Secretaria do Juízo de 1º grau em 24/10/2014 (fls. 179) e encaminhados a esta E. Corte em 23/01/15 (fls. 180).

Fazendo a ressalva de que ofereceria a denúncia em apartado, assim manifestou-se a Procuradoria Regional da República da 3ª Região a fls. 183/186vº

1. Segue denúncia em apartado em 6 (seis) laudas, impressas no anverso e verso, em face de Pedro Tobias, pela prática do crime previsto no artigo 342, § 1º do Código Penal.

2. Os fatos descritos na denúncia foram praticados pelo denunciado, na qualidade, à época, de Deputado Estadual no Estado de São Paulo, consciente dos elementos objetivos do tipo penal e com intuito de realizar a conduta ilegal, fez afirmações falsas, calou e negou a verdade, como testemunha, em processo criminal perante a Justiça Federal.

3. A competência deste Egrégio Tribunal Regional Federal justifica-se pelo atual exercício do cargo de Deputado Estadual em São Paulo, que possui foro privilegiado e deve ser processado e julgado nos termos da Constituição Federal e Constituição do Estado de São Paulo, que assim dispõe:

(omissis)

4. Tratando-se de falso testemunho perante o Poder Judiciário Federal é incontestado o interesse da União e a competência federal para processar e julgar o caso, consoante disposto no artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal.

5. O falso testemunho cometido perante a Justiça Federal, perante a Justiça do Trabalho e perante a Justiça Eleitoral, são da competência da Justiça Federal. Mesmo o falso testemunho cometido perante o juízo estadual investido, por delegação, na jurisdição federal, é da competência da Justiça Federal, dado o indubitável interesse da União:

(omissis)

6. A denúncia vem guarnecida por peças reunidas em regular investigação presidida por autoridade policial.

7. Nos autos originários (autos nº 97.1306661-8) em que o falso testemunho ocorreu, verificou-se que para a realização do convênio com o Ministério da Saúde, no valor de R\$ 1.5000.000,00 (um milhão e meio de reais), Joseph Georges Saab e Jonas Florêncio Rocha fraudaram licitação, utilizaram documentos eivados de vício, aplicaram irregularmente os recursos federais transferidos, receberam equipamentos usados em lugar dos novos que deveriam ser entregues mediante o contratado, bem como simularam recebimento de equipamentos não entregues e adquiriram equipamentos impróprios para o uso, em incontestado prejuízo ao grande número de pessoas humildes e doentes que se socorrem da Associação Hospitalar de Bauru/SP - maior estabelecimento de saúde pública da região.

8. Não obstante a tentativa de se livrarem da responsabilização criminal, em especial utilizando o expediente de falsos testemunhos - inclusive por parte do Deputado Estadual Pedro Tobias - os réus foram condenados e tiveram suas condenações mantidas por este Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região (junta-se, ao final, extrato do Portal da Justiça Federal da 3ª Região).

9. No que pertine o crime de falso testemunho, adiante-se que o debate sobre a eventual atipicidade do fato por ausência de potencialidade lesiva ou como causa excludente de culpabilidade, como muitas vezes se alega, resta afastado e pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça:

(omissis)

10. Também o recente entendimento deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

(omissis)

11. Mesmo se o entendimento não fosse o de classificar o crime de falso testemunho como crime formal, a aferição da potencialidade lesiva guarda relação com o objeto da demanda e tem a seu favor o *in dubio pro societate*, não devendo embasar apreciação perfunctória. Imprescindível, nesse caso, o recebimento da denúncia e a consequente dilação probatória.

(omissis)

12. Na opinião da doutrina, o testemunho é, apesar de sua imperfeição, um dos meios de prova mais importantes, em especial no processo penal. A proteção deste meio de prova visa evitar a conduta nociva que impede a apuração da verdade, fim da realização da Justiça.

13. Agrava a ofensa ao objeto juridicamente tutelado o fato do sujeito ativo estar investido de autoridade e ser membro do Poder Legislativo; bem como ter agido em detrimento da realização da Justiça nos autos originários, que tratavam da apuração da verdade em atos de corrupção pública.

14. Ante o exposto, o Ministério Público Federal requer:

- (i) o recebimento e processamento da ação penal nos termos requeridos na denúncia;
- (ii) a expedição de ofícios ao Instituto de Identificação do Estado de São Paulo (IIRGD) e à DELINST da Superintendência Regional do Departamento da Polícia Federal em São Paulo, solicitando as folhas de antecedentes criminais atualizados, e certidões do que delas constar, em nome do denunciado, Pedro Tobias.

Na peça acusatória datada de 16/04/2015 e acostada a fls. 191/193vº, sustenta o *Parquet*:

... Consta que, no dia 11 de março de 2009, nesta capital, na sala de audiências da 7ª Vara Criminal, PEDRO TOBIAS, fez afirmação falsa, calou e negou a verdade como testemunha, em processo judicial, com o intuito de produzir prova em ação penal em detrimento de entidade da administração pública direta, a União.

O denunciado, na data dos fatos, prestou depoimento como testemunha de defesa nos autos da Carta Precatória nº 2008.61.81.01933-9, correspondente à ação penal nº 97.1306661-8 tombada na 1ª Vara Federal de Bauru/SP. Saliente-se que o denunciado fora advertido das penas cominadas ao falso testemunho (fls. 24 e verso).

Seu depoimento teve o escopo de comprometer a apuração da verdade dos fatos, no intuito de evitar a responsabilização de Joseph Georges Saab, um dos réus na ação, e responsável por fraudar licitações e superfaturar preços com utilização de verba pública na União repassada pelo Ministério da Saúde. Foi dito, pelo acusado, naquela ocasião, que:

“(...) Recorda-se de um grupo de pessoas vindo de Brasília para oferecer ao Hospital, dois milhões de reais, de um fundo perdido, sendo que um milhão e meio de reais seria para o Hospital e quinhentos mil reais para a compra de equipamentos. Os equipamentos foram comprados, mas o acusado JOSEPH fez posteriormente uma auditoria e constatou que houve superfaturamento na aquisição desse equipamentos (...) Nada sabe que desabone o acusado JOSEPH, tratando-se de pessoa correta e trabalhadora (...) Afirma que a aquisição dos equipamentos hospitalares foram feitos pelo próprio grupo que veio de Brasília oferecer o dinheiro, de modo que o superfaturamento teria sido de responsabilidade desse grupo de pessoas. Afirma que ninguém vem trazer dinheiro de graça, acreditando que assim agiram para ganhar comissão...” (fls. 24/24v, previamente numeradas como fls. 17/17vº - não grifado no original). Tendo em vista as afirmações acima transcritas, evidenciou-se a frontal contradição entre o depoimento e as demais provas coligidas nos autos. O fato não passou despercebido e na requisição de providências às fls. 09/11 (previamente numeradas como fls. 02/04), o órgão ministerial aduziu:

“(...)”

3) Do teor de tais depoimentos verifica-se a intenção inequívoca das testemunhas, qual seja, contribuir para a absolvição de *Joseph Georges Saab*, tendo em vista que as declarações corroboram a tese argüida pela defesa (existência de intermediário, realização de licitação etc), veja-se trecho do interrogatório de *Saab*: *‘(...) Foi esclarecido que o hospital não tinha que fazer nada, apenas fornecer o nome dos aparelhos necessários que estes viriam do Ministério da Saúde.’*

4) Ocorre que as provas coligidas aos autos da citada ação penal são claras no que toca à responsabilidade de *Joseph Georges Saab*, que inclusive foi condenado em primeira instância, como incurso nas penas do crime de estelionato - art. 171, § 3º, Código Penal. Deveras, pois ele foi o responsável pela celebração do convênio em questão. As cláusulas do convênio são bastante claras em relação às obrigações da AHB, sendo certo que competia à entidade beneficiada (AHB) realizar licitação para aquisição de equipamentos hospitalares. Importante consignar, ainda, que o próprio *Joseph Georges Saab* admitiu sua responsabilidade (declarações prestadas no TCU).

5) *Vê-se, portanto, que a versão inicial, sustentada por Joseph Georges Saab e suas testemu-*

nhas, teve como objetivo deturpar a verdade dos fatos. As declarações tiveram como escopo afastar a responsabilidade de *Joseph Georges Saab*, pois se realmente existisse um intermediário e se a suposta licitação (não existiu - houve simulação) tivesse ocorrido em Brasília, não haveria como responsabilizá-lo, pois todas as irregularidades descobertas (ausência de licitação e superfaturamento) estão ligadas à aquisição dos equipamentos hospitalares. (...)”

Para facilitar o entendimento e a gravidade da conduta do denunciado, faz-se notar que o termo de convênio celebrado entre o Ministério da Saúde e a ASSOCIAÇÃO HOSPITALAR DE BAURU, para o recebimento de verbas¹ [1Consta, na “Cláusula Segunda - Das obrigações” que o Executor (Associação Hospitalar de Bauru/SP - representado por Joseph Georges Saab, réu no processo originário) estava comprometido à promover as licitações para aquisição de materiais, de acordo com a legislação específica.], foi acostado às fls. 29/36; e que o TCU realizou tomada de contas especial, conforme relatório de fls. 37/43, encerrada por quitação; além do fato de que Joseph Georges Saab, réu da ação penal na qual o denunciado falseou a verdade dos fatos, foi condenado após exaustiva análise da prova (fls. 62/123), condenação esta mantida por este Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região (ementa juntada com a cota introdutória desta denúncia).

Posteriormente, em termo de declarações prestado perante a Polícia Federal, acostado às fls. 145/147, o denunciado sustentou:

“(...) QUE *indagado como tomou conhecimento do convênio* - diz que: não tomou conhecimento da época da realização do convênio, ficou sabendo somente quando estourou o escândalo, que não teve nenhuma participação do convênio; QUE - *indagado se acompanhou a execução do convênio e o recebimento dos equipamentos para a Associação Hospitalar de Bauru* - diz que: não tomou conhecimento de qualquer detalhe do convênio e de sua execução, trabalhava exclusivamente como médica na Maternidade, não tinha contato com questões administrativas e o convênio foi celebrado para aquisição de equipamento para o Hospital de Base (...) QUE - *indagado se o conteúdo das declarações das fls. 17 e 17 verso decorrem do conhecimento direto dos fatos* - diz que: tomou conhecimento a partir das notícias divulgadas e a partir de conversas com terceiros, ‘quando estourou o negócio, ficou fofoca para tudo quanto é lado’; QUE como já afirmado nunca teve contato direto com a execução do convênio; (...) QUE - *indagado por que declarou que a auditoria teve iniciativa de JOSEPH*, quando na verdade foi provocada pelo Ministério Público - diz que: acreditava que a iniciativa fora de JOSEPH porque ele havia dito; QUE - *indagado por que declarou que não conhecia os diretores do hospital* - diz que: em razão do tempo decorrido não se recorda ao certo quem eram os DIRETORES, mas acredita que na época dos fatos quem mandava no hospital era JOSEPH GEORGES SAAB; (...)” (não grifado no original)

Meses depois, em total contradição com o que fora dito pelo denunciado na ocasião do depoimento perante o Magistrado Federal, o denunciado se desdisse perante a Assembleia Legislativa, conforme se extrai do Jornal da Cidade de Bauru:

“*Em seu primeiro discurso sobre o escândalo na Associação Hospitalar de Bauru (AHB), na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, o deputado Pedro Tobias (PSDB) disse ontem que foi traído pela cúpula da entidade, lamentou as denúncias, admitiu ter amizade com seus diretores e falou que foi inocente por não enxergar a situação. A diretoria da AHB é investigada desde fevereiro deste ano por desvio de verbas, superfaturamento e cobranças indevidas de serviços.*

O pronunciamento foi transmitido, ao vivo, pela rede legislativa da qual a Assembleia paulista faz parte, com o sinal transmitido pela TV Câmara em Bauru. ‘Há uma cultura de corrupção no Brasil. Eu ajudei bastante esse hospital. E foi meu amigo. É uma pena. Porque é como falam, alguém passa 20 anos casado e descobre que foi traído. É por isso que venho publicamente fazer um apelo para que o Ministério Público e a Justiça apurem esse caso para valer. Tem que punir exemplarmente. Quem rouba dinheiro público da saúde é miserável, pior do que bandido do Primeiro Comando da Capital (PCC)’, disse.

(...)

Durante cinco minutos concedidos para uso da Tribuna da Assembléia, o tucano pediu desculpas à população publicamente. Entretanto, não citou o fato de *ter em seu gabinete como atual assessor parlamentar, o ex-superintendente da entidade, Reinaldo Silvestre Rocha, que também é tucano. Foi na gestão de Rocha, que terminou no final do ano passado, que ocorreram o empréstimo de R\$ 16 milhões e o pagamento de supersalário de até R\$ 35 mil mensais a Marcelo Saab, filho do presidente da AHB*, além de fraudes em fichas de atendimentos para tentar amparar o recebimento de verba SUS no setor de bucomaxilo da AHB.

Pedido ao secretário

O deputado comentou que o episódio é pior que outros gêneros de corrupção, por se tratar de recurso público da área da Saúde.

‘Lamento muito. Esse tempo todo fui inocente, bobo, não enxergava as coisas. Por isso, não tenho outras palavras. *O poder público deveria tomar providências, em especial o Poder Judiciário, para apurar tudo. Dei o recado. Estou falando publicamente: tem que apurar fundo e tem todo meu apoio.* Peço desculpas à população que foi enganada. A gente precisa falar, porque lugar de bandido é na cadeia’, discursou o tucano.” (não grifado no original)

O denunciado, como deputado estadual, clamou por “especial providências do Poder Judiciário” para responsabilizar “o miserável que rouba dinheiro da Saúde”. Clamou por providências do mesmo Poder Judiciário que meses antes procurou ludibriar apontando, em seu depoimento, que os responsáveis pelo desvio da verba pública da União teria sido “um grupo de pessoas vindo de Brasília que realizou as aquisições e que teria sido responsável pelo faturamento.”

Evidencia-se, desta forma, que o denunciado fez afirmações falsas, calou e negou a verdade perante o Poder Judiciário Federal, como testemunha em ação criminal, por ter sustentado inverídica e categoricamente, em seu depoimento, a responsabilidade de “um grupo que veio de Brasília”, com o único intuito de corroborar a tese abraçada pela defesa de Joseph Georges Saab, seu amigo, no processo nº 97.130661-8, como se verifica às fls. 24/24v (previamente numeradas como fls. 17/17v).

Assim agindo, o denunciado, de forma consciente e espontânea, fez afirmações falsas, calou e negou a verdade, como testemunha, em processo judicial criminal (processo nº 97.1306661-8).

Presente, portanto, a causa de aumento de pena prevista no §1º do art. 342 do Código Penal, uma vez que o crime foi cometido com o fim de criar prova destinada a produzir efeito em processo penal, e ainda, em detrimento de entidade da administração pública direta, a União. Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denuncia PEDRO TOBIAS como incurso no artigo 342, §1º, do Código Penal, e requer sejam os presentes autos distribuídos a um dos Desembargadores Federais integrantes do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, objetivando-se o recebimento da denúncia, a citação do denunciado para responder aos termos da presente e o regular processamento do feito, seguindo o procedimento previsto nos artigos 1º a 12 da Lei nº 8.038/90, até final condenação.

Pessoalmente notificado em 24/04/2015 (fls. 199), o Sr. Pedro Tobias apresentou defesa a fls. 200/207.

Afirma que, “nos idos de 1994 e 1995, atuando na medicina na cidade de Bauru, clinicava em consultório próprio bem como junto à Maternidade Santa Izabel, vinculada ao Hospital de Base de Bauru, estabelecimento hospitalar que, à época, já era administrado pela Associação Hospitalar de Bauru e que tinha Joseph Georges Saab como Presidente da Diretoria Executiva” (fls. 200/201).

Aduz que, além da medicina, “era Vereador à Câmara Municipal de Bauru e, por esta razão, participava mais ativamente também das questões políticas que envolviam a cidade” (fls. 201).

Alega que “Não sabe exatamente quando tomou conhecimento de que a Associação e o Fundo Nacional de Saúde haviam celebrado convênio, com vinda de recursos a fundo perdido, sendo uma parte para equipamentos e outra para custeio. Esse conhecimento lhe veio em razão de frequentar a sociedade bauruense e por ter amizade com referida pessoa, o qual, por sua vez, tinha muitos outros amigos e também frequentava vários eventos sociais.” (fls. 201) e que, “Com o passar do tempo, soube, pelo próprio Joseph, não sabendo se verdade ou não, que o convênio teria sido realizado com irregularidades, mas que, segundo ele e outros da própria Diretoria, com a intervenção de pessoas inescrupulosas, talvez ligadas ao Ministério da Saúde.” (fls. 201).

Expõe que: “Todo o acima veio à tona pelos meios sociais, mas o fato acabou não afetando a imagem e a honra da pessoa de Joseph, tendo ele continuado a ter o apoio da sociedade bauruense, sendo, inclusive, agraciado pela Câmara Municipal de Bauru com o título de cidadão, valendo salientar que, em referida época, o denunciado já fazia parte da Assembleia Legislativa de São Paulo, onde até hoje permanece” (fls. 201).

Afirma que “não tomou conhecimento, até o mês de dezembro de 2008, de condenação do Tribunal de Contas da União, relativamente ao referido convênio, só tendo isso ocorrido quando a imprensa (doc. ora juntado) divulgou o fato, sendo esse o ‘escândalo’ que o denunciado, então testemunha num processo, teria se referido.”

Explica que: “Como mantinha relação de amizade com Joseph, da mesma maneira que o denunciado mantém com outros provedores de santas casas da região de Bauru, por atuar na Assembleia Legislativa voltado para a área da saúde, soube por meio dele que havia mesmo a condenação do TCU, mas que o escritório jurídico do Hospital, cujo advogado o denunciado não se lembra do nome, obteve autorização da diretoria para provocar reunião e expor o fato junto ao Conselho Administrativo da AHB, para expor detalhes, tendo isso ocorrido, segundo soube, em 2003, e que os conselheiros, à época, reconheceram que a responsabilidade deveria passar para a Associação, em razão do Presidente não ter cometido pessoalmente qualquer irregularidade.” (fls. 202).

Argumenta que “tudo isso foi divulgado por Joseph ao ora denunciado e cuja versão foi também referendada por outras pessoas que poderiam conhecer o assunto, não tendo condições de se lembrar, agora, especificamente de nomes” (fls. 202).

Afirma ter ficado “atônito ao saber que o Hospital havia pago uma dívida de quatro milhões, quando vivia, em todos os meses, com deficiência financeira para dar cabo ao atendimento das inúmeras pessoas carentes e atendidas pelo SUS” (fls. 202).

Salienta “que na época do pagamento, *sem que o ora denunciado soubesse da referida condenação*, e como sempre ocorria com os hospitais da região, foi procurado pelo então presidente, Joseph, que buscava recursos para pagar dívidas da Associação Hospitalar, dizendo que em razão delas a Entidade estava sem crédito junto à União e ao Estado, sem ter, porém, revelado o seu intento de pagar dívida oriunda de qualquer condenação pelo fato ocorrido em 1994.” (fls. 203).

Alega que, “Como era de praxe, o denunciado procurou o Senhor Secretário de Saúde de São Paulo, à época, *o que faz parte das atividades de um Deputado*, tendo explicado a situação em que se encontrava o maior hospital da região de Bauru.” (fls. 203/204) e que, “Comovido, o Secretário Barradas conseguiu viabilizar autorização da Secretaria do Estado da Saúde para que a Associação fizesse empréstimo de dezesseis milhões junto à Caixa Econômica Federal, tendo, segundo soube depois, conseguido o empréstimo em dezembro de 2007 ou janeiro de

2008, para que a Associação amenizasse suas dívidas.” (fls. 204).

Expõe que: “O Presidente Saab, segundo também foi amplamente divulgado à época (cópia divulgação do Jornal da Cidade de Bauru, edição de 24.12.2008, teria se utilizado de parte do empréstimo para o pagamento da dívida.” (fls. 204).

Assevera, assim, que “na época em que prestou depoimento junto à Justiça Federal, em março de 2009, ainda nutria confiança na pessoa do Presidente da Associação, o que fê-lo, em razão de ser bauruense e de ser Deputado, *antes de ser intimado para depor como testemunha*, procurar se inteirar de tudo o que havia ocorrido, por não conhecer outras irregularidades praticadas até aquele momento.” (fls. 205).

Aduz que o que ocorreu “foi a dificuldade que o denunciado tem de entender a língua portuguesa e de se expressar adequadamente ao falar, limitando-se a afirmar e confirmar, isso e aquilo, quando poderia lhe ter sido indagado se tudo o que estava falando era fruto de conhecimento próprio, ou de ter ‘ouvido dizer’.” (fls. 205).

Afirma que “nunca teve em mente praticar falso testemunho em benefício de Joseph Georges Saab e em detrimento da aplicação da Justiça, o que se constata especialmente pelo fato de o Ilustre Magistrado, à época, não ter levado em consideração as suas afirmações porque discrepavam das demais provas produzidas, condenando os réus.” (fls. 205).

Argumenta que “O seu depoimento, então, não possuía qualquer potencial lesivo, porquanto embora contendo afirmações, estas não se coadunavam com o contexto probatório, como o próprio Magistrado afirmou.” (fls. 206) e que “Também não tinha a intenção, com o mencionado depoimento, de produzir prova em qualquer outro processo, seja penal ou civil, não havendo amoldamento ao modelo típico previsto no §1º do artigo 342 do Código Penal.” (fls. 206).

Alega que “Não se pode, ainda, perder de vista, que por erro procedimental, conforme se verifica dos autos, o IPL, elaborado pela Polícia Federal, foi inadvertidamente para a Procuradoria da República em São Paulo, tendo o I. Procurador da República feito a promoção de arquivamento, o que foi acolhido pela Justiça Federal de Primeira Instância, em São Paulo” (fls. 206), sendo que “O cerne da justificativa para o arquivamento foi, exatamente, a ausência de potencial lesivo do depoimento” (fls. 206).

Requer a rejeição da denúncia (fls. 207).

A fls. 208, o denunciado apresentou rol de testemunhas.

A defesa também veio acompanhada dos seguintes documentos: a) procuração (fls. 209); b) cópia de notícia de *site* eletrônico (fls. 210); c) cópia de decisão do TCU, referente ao proc. nº 700.065/1997-0 (fls. 211/213).

Intimado nos termos do art. 5º da Lei nº 8.038/90, o MPF manifestou-se a fls. 217/217vº, reiterando os termos da cota de fls. 183/186 e da denúncia oferecida.

Em 22/03/2016, foi juntada aos autos petição protocolada pela defesa trazendo cópia do Acórdão proferido nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 2010.61.08.006881-4, julgado pela E. Quinta Turma desta Corte em 1º/08/2011 e publicado no Diário Eletrônico de 12/08/2011, em que “os acusados Célio Parisi e Zarcilo Rodrigues Barbosa tiveram rejeitada a denúncia em primeiro grau, pelos mesmos fatos aqui tratados, rejeição esta que foi confirmada em segunda instância.” (fls. 227/232).

Em 28/03/2016, assim despachei: “Fls. 227/232 - Aguarde-se o julgamento.” (fls. 233) É o relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO PRELIMINAR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Antes da análise acerca do recebimento ou não da denúncia ofertada a fls. 191/193vº, relevante e decisiva questão merece atenta análise.

Conforme descrito no *Relatório*, o membro do Ministério Público Federal em primeiro grau, em 17/06/2011, postulou o *arquivamento do inquérito* com fundamento na *atipicidade da conduta* investigada, conforme trecho a seguir transcrito (fls. 155/157):

2. Na hipótese, o aludido depoimento revela-se contraditório em relação à participação e à responsabilidade de Joseph Georges Saab quanto a irregularidades na aquisição de equipamentos médicos pela Associação Hospitalar de Bauru/SP em convênio com a União. Apesar do quanto apurado, o Investigado fez afirmações no sentido de corroborar com a tese da defesa de Joseph Georges Saab.

3. Não obstante porém o teor das declarações prestadas pela indicada testemunha quando do cumprimento da carta precatória, o juiz sentenciante de chofre nelas percebeu contradições (às quais fez registrar), reputando S. Exa. falso o depoimento do sr. Tobias.

Ora, tal percepção presta-se, por si só, a indicar o fato de que o sentenciante não depositou o mais mínimo crédito nas palavras da citada testemunha quanto aos fatos pela mesma “esclarecidos”, de modo que a decisão adotada no referido processo penal à tais palavras desprezou solenemente.

4. Isto implica, por seu turno, relativo à seara penal, que o testemunho de Pedro Tobias não ensejou qualquer potencialidade de dano à administração da Justiça, elemento este indispensável à caracterização do crime de falso testemunho (cf. HC 94.03.033183-6/SP. TRF-3ª Região. Rel. Juiz SOUZA PIRES. Decisão unânime. DJU, 30.08.94, p. 55759), razão pela qual é certo dizer ser criminalmente atípico o quanto asseverado por tal testemunha.

5. Logo, face ao articulado supra, requer o *Peticionário* que se digne V. Exa. em determinar o *arquivamento do presente feito*, haja vista a *atipicidade da conduta* nele noticiada. (grifei)

O pleito de arquivamento do inquérito por atipicidade da conduta foi integralmente acolhido pelo Juízo Federal de primeiro grau, em decisão prolatada em 18/10/2011 (fls. 158):

Fls. 155/157: Nos termos do parecer ministerial, que acolho integralmente como razão de decidir e que fica fazendo parte integrante desta decisão, determino o ARQUIVAMENTO DOS AUTOS, com as anotações de praxe e as cautelas de estilo, ressaltando-se as disposições contidas no artigo 18 do Código de Processo Penal.

Trago à consideração neste voto preliminar, três pontos principais, diante das circunstâncias em que ocorreu o referido arquivamento:

- a) os efeitos do arquivamento do inquérito fundado em atipicidade da conduta;
- b) os efeitos do arquivamento determinado por autoridade absolutamente incompetente;
- c) a ausência de impugnação oportuna.

Registro, primeiramente, que há na jurisprudência dos C. Tribunais Superiores diversos precedentes que seguem a orientação segundo a qual o *arquivamento do inquérito policial* com fundamento na *atipicidade da conduta* produz efeitos típicos da *coisa julgada material*, impedindo a abertura de nova investigação ou a propositura de ação penal com base nos *mesmos fatos*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSO PENAL. *ARQUIVAMENTO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. REABERTURA DAS INVESTIGAÇÕES. PRECEDENTES.*

1. *A reabertura das investigações penais é incabível quando ocorre o arquivamento regular do procedimento investigatório na hipótese de atipicidade da conduta, nos termos da jurisprudência firmada por esta Corte.* Precedente: HC 100.161 /RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 16/9/2011.

(...)

3. Agravo regimental DESPROVIDO.

(STF, AgR no ARE nº 776.034/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 12/05/15, DJe 27/05/15, grifos meus)

Penal. Inquérito. Parlamentar. Deputado federal. Pedido de arquivamento fundado na atipicidade do fato. Necessidade de decisão jurisdicional a respeito: Precedentes. Inquérito no qual se apura a eventual prática do crime previsto no art. 349 do Código Eleitoral. Atipicidade do fato. Arquivamento determinado.

1. *Firmou-se a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, quando fundado - como na espécie vertente - na atipicidade do fato, o pedido de arquivamento do inquérito exige “decisão jurisdicional a respeito, dada a eficácia de coisa julgada material que, nessa hipótese, cobre a decisão de arquivamento”* (v.g., Inquéritos nº 2.004-QO, DJ de 28/10/04, e nº 1.538-QO, DJ de 14/9/01, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; nº 2.591, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 13/6/08; nº 2.341-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 17/8/07).

2. Comprovada a não ocorrência de qualquer falsidade, não se configura o crime previsto no art. 349 do Código Eleitoral.

3. Arquivamento do inquérito, por atipicidade da conduta, ordenado.

(STF, Inq nº 3.114/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, v.u., j. 26/05/11, DJe 24/08/11, grifos meus)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 1º, §§ 2º E 4º, DA LEI Nº 9.455/1997. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. DECISÃO DA JUSTIÇA MILITAR QUE DETERMINOU O ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR COM BASE EM EXCLUDENTE DE ILICITUDE. COISA JULGADA MATERIAL. OFERTAMENTO DE DENÚNCIA POSTERIOR PELOS MESMOS FATOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. *A par da atipicidade da conduta e da presença de causa extintiva da punibilidade, o arquivamento de inquérito policial lastreado em circunstância excludente de ilicitude também produz coisa julgada material.*

2. *Levando-se em consideração que o arquivamento com base na atipicidade do fato faz coisa julgada formal e material, a decisão que arquiva o inquérito por considerar a conduta lícita também o faz, isso porque nas duas situações não existe crime e há manifestação a respeito da matéria de mérito.*

3. A mera qualificação diversa do crime, que permanece essencialmente o mesmo, não constitui fato ensejador da denúncia após o primeiro arquivamento.

4. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal. (STJ, RHC nº 46.666/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, por maioria, j. 05/02/15, DJe 28/04/15, grifos meus)

Sobre o tema, igualmente merece destaque o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

90-A. Arquivamento com fundamento na atipicidade da conduta: nesse caso, é possível gerar coisa julgada material. A conclusão extraída pelo Ministério Público (órgão que requer o arquivamento), encampada pelo Judiciário (órgão que determina o arquivamento), de se tratar de fato atípico (irrelevante penal) deve ser considerada definitiva. (Código de Processo Penal Comentado, 13ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 97, grifos meus)

Necessário observar que a questão também foi objeto de recente julgado da Segunda Turma do C. Supremo Tribunal Federal (HC nº 125.101/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, por maioria, j. 25/08/15, DJe 10/09/15). Na oportunidade, declarou a C. Corte Suprema que o *arquivamento do inquérito com base na atipicidade da conduta* verdadeiramente gera *efeito preclusivo*, mas não conduz à *formação de coisa julgada material*, uma vez que, mesmo na hipótese descrita (arquivamento por atipicidade), poderá haver o desarquivamento do inquérito ou o oferecimento de ação penal *se surgirem novas provas* que demonstrem que os fatos investigados ocorreram de forma diversa daquela que se imaginava. Reproduzo trecho do elucidativo voto do E. Ministro Gilmar Mendes:

Há vários precedentes afirmando que a decisão de arquivamento faz coisa julgada material quando decreta a prescrição da pretensão punitiva ou considera o fato atípico. Eu mesmo já relatei vários casos com essa fundamentação:

(...)

A rigor, no caso concreto, a hipótese invocada para arquivamento não foi a atipicidade, mas a presença de excludente da ilicitude - estrito cumprimento do dever legal, art. 23, III, do CP. A jurisprudência não afirma a coisa julgada nesses casos. Pelo contrário, há um precedente da Primeira Turma, da relatoria da ministra Cármen Lúcia, afastando-a:

(...)

No entanto, a jurisprudência do STF registra precedente que usa linha de fundamentação potencialmente favorável ao paciente no caso em análise. No *Habeas Corpus* 80.560, SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 20.2.2001, afirmou-se que:

“(...) se o Promotor e o Juiz acordam em que o fato está suficientemente apurado, mas não constitui crime [...] a decisão de arquivamento do inquérito é definitiva e inibe que sobre o mesmo episódio se venha a instaurar ação penal, não importa que outros elementos de prova venham a surgir posteriormente ou que erros de fato ou de direito hajam induzido ao juízo de atipicidade”.

Muito embora aquele caso, também, tratasse de atipicidade, não de causa de justificação, a fundamentação socorreria ao aqui paciente.

Afirmou-se que, se o motivo do arquivamento não foi a dúvida quanto à prova, mas a conclusão de que a prova indica uma situação em que a punição criminal não ocorreria, não caberia o desarquivamento.

De qualquer forma, essa é uma boa oportunidade de consolidar o entendimento acerca da coisa julgada no arquivamento de inquérito.

(...)

Feitas essas considerações, tenho que o ponto não está propriamente na causa que levou ao arquivamento, mas no fundamento da reabertura da investigação.

Parece não haver dúvida de que o arquivamento impede a rediscussão baseada no reenquadramento dos fatos. Assim, o Ministério Público não pode, com base no mesmo fato provado, anteriormente considerado atípico, justificado ou não culpável, retratar-se do arquivamento e promover a ação penal. Em última análise, parece isso que deve ser extraído da Súmula 524:

“ARQUIVADO O INQUÉRITO POLICIAL, POR DESPACHO DO JUIZ, A REQUERIMENTO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA, NÃO PODE A AÇÃO PENAL SER INICIADA, SEM NOVAS PROVAS”.

Os precedentes que deram origem à Súmula 524 apenas afirmam a impossibilidade de reabrir a investigação sem novas provas (...). Não há considerações acerca de eficácia de coisa julgada da decisão de arquivamento. Em outras palavras, o desarquivamento era sempre possível, desde que descobertas novas provas.

A partir do *Habeas Corpus* 66.625, relator min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 23.9.1988, houve uma ampliação da força do arquivamento. Tomando por base a lição de Bento Faria, no sentido de que o simples reenquadramento dos fatos não permitiria a propositura da ação penal (Código de Processo Penal. v. 1. Rio de Janeiro, Record, 1960. p. 110), considerou-se definitivo o arquivamento, quando fundado na avaliação de que os fatos são atípicos. E, a partir do INQ 1538, relator min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 8.8.2000, fez-se associação entre o arquivamento e a rejeição da denúncia, regulada pelo então vigente art. 43 do CPP:

(...)

Esse dispositivo especificava as hipóteses de rejeição da denúncia, deixando claro, em seu parágrafo único, que a rejeição por atipicidade ou extinção da punibilidade fazia coisa julgada material. A jurisprudência projetou a eficácia preclusiva da rejeição da denúncia ao arquivamento.

Mais do que isso, o Supremo Tribunal associou as hipóteses do incisos I e II do art. 43 a questões de simples direito, observáveis independentemente da análise das provas.

Ocorre que, com a devida vênia, essa percepção não é integralmente correta. A atipicidade pode ser tanto verificável in status assertionis - por exemplo, a subtração de um centavo é formalmente atípica, por insignificante - quanto depender de avaliação dos fatos - por exemplo, o implicado por furto pode comprovar que pensava que a coisa era sua, tendo incorrido em erro de tipo. Ou seja, a atipicidade também pode, na segunda hipótese, ser superada pela superveniência de novas provas.

E os precedentes não indicam razões sólidas para que essa segunda hipótese - atipicidade decorrente da avaliação das provas - faça coisa julgada material, ao contrário das hipóteses de justificação ou exclusão da culpabilidade.

Não vislumbro razão para essa diferença de tratamento. E, como já afirmado, tenho que a prova, nessa fase processual, não pode ser tida por definitiva.

Em suma, tenho que a eficácia preclusiva do arquivamento está limitada a impedir a propositura da ação penal em face da reavaliação dos mesmos fatos. Com novas provas, apontando para nova versão dos fatos, sempre é viável a retomada da investigação, independentemente do fundamento do arquivamento.

Esse entendimento está em perfeita sintonia com a garantia contra dupla incriminação.

(...)

(HC nº 125.101/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, por maioria, j. 25/08/15, DJe 10/09/15, grifos meus)

Independentemente de haver ou não a formação de *coisa julgada material*, é seguro afirmar que o *arquivamento do inquérito* com fundamento na *atipicidade da conduta* impede que haja novo procedimento de investigação ou ação penal com base nos *mesmos fatos* tidos por penalmente irrelevantes.

Esclarecido o primeiro ponto, prossigo no exame da matéria competencial, destacando, que, também de acordo com precedentes dos C. Tribunais Superiores, o *arquivamento do inquérito por atipicidade - ainda que o arquivamento tenha sido determinado por órgão jurisdicional absolutamente incompetente* - é apto a gerar *efeito preclusivo*, impossibilitando uma segunda investigação ou ação penal sem a apresentação de novas provas. A respeito:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSITO EM JULGADO: IMPOSSIBILIDADE: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva.

2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes.

3. Habeas corpus concedido.

(HC nº 86.606/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, v.u., j. 22/05/07, DJe 02/08/07, grifos meus)

I - *Habeas corpus*: cabimento. É da jurisprudência do Tribunal que não impedem a impetração de *habeas corpus* a admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão impugnada, nem a efetiva interposição deles.

II - Inquérito policial: arquivamento com base na atipicidade do fato: eficácia de coisa julgada material. A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, quando fundado o pedido do Ministério Público em que o fato nele apurado não constitui crime, mais que preclusão, produz coisa julgada material, que - ainda quando emanada a decisão de juiz absolutamente incompetente -, impede a instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio. Precedentes: HC 80.560, 1ª T., 20.02.01, Pertence, RTJ 179/755; Inq 1538, Pl., 08.08.01, Pertence, RTJ 178/1090; Inq-QO 2044, Pl., 29.09.04, Pertence, DJ 28.10.04; HC 75.907, 1ª T., 11.11.97, Pertence, DJ 9.4.99; HC 80.263, Pl., 20.2.03, Galvão, RTJ 186/1040. (HC nº 83.346/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., j. 17/05/05, DJ 19/08/05, grifos meus)

No mesmo sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARQUIVAMENTO DO FEITO. RECONHECIMENTO DE ATIPICIDADE DO FATO. DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO ANALISADO NA JUSTIÇA COMUM. IMPOSSIBILIDADE: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL PERANTE O JUÍZO COMPETENTE. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, admissível quando

emerge dos autos, de forma inequívoca, entre outras hipóteses, a atipicidade do fato.

2. A decisão de arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça Comum, em virtude de promoção ministerial no sentido da atipicidade do fato e da incidência de causa excludente de ilicitude, impossibilita a instauração de ação penal perante a Justiça Especializada,

uma vez que o Estado-Juiz já se manifestou sobre o fato, dando-o por atípico (precedentes). Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, deve-se reconhecer a prevalência dos princípios do favor rei, favor libertatis e ne bis in idem, de modo a preservar a segurança jurídica que o ordenamento jurídico demanda.

Precedentes.

4. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial, para trancar a Ação Penal nº 484-00.2008.921.0004, em trâmite perante a Auditoria Militar de Passo Fundo/RS. (HC nº 173.397/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u., j. 17/03/11, DJe 11/01/11, grifos meus)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARQUIVAMENTO DO FEITO. RECONHECIMENTO DE CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE. DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL PERANTE O JUÍZO COMPETENTE. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. PRECEDENTES.

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes do STJ.

2. No caso, resta evidenciada essa excepcionalidade. O arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça Militar se deu em virtude da promoção ministerial no sentido da incidência de causa excludente de ilicitude.

3. Embora o inquérito policial possa ser desarquivado em face de novas provas, tal providência somente se mostra cabível quando o arquivamento tenha sido determinado por falta de elementos suficientes à deflagração da ação penal, o que não se verifica na espécie. Precedentes.

4. *Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, nos termos do disposto no art. 9º do Código Penal Militar, porquanto praticado por militar fora do exercício da função, produz coisa julgada material.*

5. Recurso conhecido e provido para determinar o trancamento da ação penal nº 200420500013, em trâmite na 5ª Vara Criminal do Tribunal do Júri da Comarca de Aracajú/SE. (RHC nº 17.389/SE, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, v.u., j. 20/11/07, DJe 07/04/08, grifos meus)

Ainda a respeito: RHC nº 29.775/PI, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, v.u., j. 18/06/13, DJe 25/06/13 (“A sentença proferida por juízo absolutamente incompetente impede o exame dos mesmos fatos ainda que pela justiça constitucionalmente competente, pois, ao contrário, estar-se-ia não só diante de vedado *bis in idem* como também na contramão da necessária segurança jurídica que a imutabilidade da coisa julgada visa garantir.”)

Anoto que os precedentes das C. Cortes Superiores acima destacados versam a respeito de casos concretos em que a *incompetência absoluta* decorreu de violação à regra de *competência material*. O mesmo raciocínio, contudo, também se aplica à *incompetência funcional*, ou qualquer outro tipo de incompetência absoluta, por força dos princípios do *ne bis in idem* e do *favor rei*. Sobre o tema, merecem destaque as considerações trazidas pelo E. Ministro Cezar Peluso ao proferir seu voto no HC nº 83.346/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., j. 17/05/05, DJ 19/08/05:

Nada tenho por acrescentar ao exame profundo, feito por Vossa Excelência, da jurisprudência da Casa, quanto à circunstância de que tal decisão, isto é, o arquivamento de inquérito baseado na afirmação e reconhecimento da atipicidade do comportamento, faz coisa julgada material. E, aqui, é que gostaria de fazer duas observações, que, embora nada acrescentem ao brilha-

tismo do voto de Vossa Excelência, servem para reafirmá-lo.
(...)

A primeira delas é que a circunstância, que poderia parecer extremamente ponderável, de uma nova decisão originar-se de outra “Justiça”, de outro ramo do Poder Judiciário, significa apenas que se trataria de decisão viciada por eventual incompetência de caráter absoluto. A propósito, a doutrina vale-se de expressão extremamente imprópria para definir esse fenômeno muito claro: “sanatória geral do processo”. A coisa julgada produziria sanatória geral dos processos. Isso significa apenas que todos os vícios processuais, inclusive o de incompetência absoluta, que fere de nulidade o processo, se tornam irrelevantes depois do trânsito em julgado da sentença, exceto o de falta de citação inicial, porque este é vício perpétuo.

Ora, a respeito da coisa julgada material, é preciso recuperar-lhe de certo modo o significado próprio, e nisso me valho de expressão mais usada em Portugal, a qual me parece traduzir com mais propriedade o fenômeno. Em Portugal, ao invés de coisa julgada, diz-se caso julgado. E a coisa julgada é exatamente isto: é um caso ou um fato que foi julgado, mas definitivamente julgado. Por isso, como já recebeu do Estado a norma singular e concreta que deu certeza sobre a relação jurídica, seja de caráter civil, seja de caráter penal, envolvida no caso, este não pode, por força de garantia constitucional, ser rejuogado, até porque é invulnerável a qualquer força normativa, como seria, por exemplo, o de uma lei.

Do trecho transcrito, observa-se que mesmo outros tipos de nulidade não podem ser declarados se, por falta de impugnação oportuna, a decisão definitiva veio a tornar-se *preclusa*, formando coisa julgada *formal* ou mesmo *material*.

Feitas estas considerações, entendo *dotada de força preclusiva* a decisão proferida nos presentes autos pelo Juiz de primeiro grau que, acolhendo pedido do Ministério Público Federal, determinou o *arquivamento do inquérito por atipicidade de conduta*, uma vez que se trata de provimento não impugnado tempestivamente por qualquer das partes e que, como já tratado, impede o prosseguimento de procedimento investigativo *com base nos mesmos fatos já considerados atípicos*.

Nesse diapasão, passo ao exame do último ponto a ser analisado neste voto preliminar.

Em 17/06/2011, o Ministério Público Federal com atuação em primeiro grau - laborando em claro equívoco, uma vez que se tratava de causa de atribuição da Procuradoria Regional da República da 3ª Região - postulou o arquivamento do inquérito por atipicidade da conduta (fls. 155/157).

O Juízo de primeiro grau determinou o arquivamento do procedimento investigativo, em decisão prolatada em 18/10/2011 (fls. 158).

O *Parquet* em primeiro grau obteve ciência da decisão em 24/10/2011 (fls. 158vº).

Na data de 20/05/2014, a Procuradoria Regional da República da 3ª Região apresentou manifestação, explicando que, em consulta ao *site* da Justiça Federal de São Paulo, observou que o IPL nº 2.794/2010 encontrava-se arquivado. Por não localizar cópia em seus registros do pedido de arquivamento, e por não compreender o motivo pelo qual o procedimento se encontrava no arquivo - considerando-se que o mesmo deveria tramitar em segundo grau de jurisdição -, postulou a obtenção de vista dos autos ou de cópia dos mesmos (fls. 161/162).

A *Procuradoria Regional da República* obteve vista dos autos em 23/07/2014 (fls. 176), data em que, inequivocamente, tomou ciência de todo o ocorrido.

Em 07/08/2014, a Procuradoria Regional ofereceu nova manifestação nos autos (fls. 177/177vº). Aduziu que “como a competência para o conhecimento da matéria em segunda instância se dá em razão da pessoa, ela é absoluta”, entendendo, por este motivo, que os “atos

praticados a partir de fls. 155 são nulos” (fls. 177vº).

O Juízo de primeiro grau, em 24/09/2014, proferiu decisão com o seguinte teor (fls. 178):

Ante o requerimento encartado à fls. 177, noticiando que o investigado tem foro privilegiado, determino o desarquivamento destes autos e declino da competência em favor do E. TRF-3 para onde os autos deverão ser remetidos após baixa na distribuição. Cumpra-se. Ciência ao Ministério Público Federal.

Como se vê, a nulidade verificada - consistente na *incompetência absoluta* do Juízo de primeiro grau para a prolação da decisão que determinou o arquivamento - não foi impugnada oportunamente pelas vias processuais adequadas.

Consoante orientação da doutrina e da jurisprudência, a decisão que determina o *arquivamento do inquérito* é *irrecorrível*. É cabível, no entanto, o manejo de *correção parcial* ou de *mandado de segurança* contra *decisão* eventualmente *viciada* que determina o encerramento precoce do procedimento investigativo:

HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. TESE DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. DESARQUIVAMENTO DA INVESTIGAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELA EMPRESA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ORDEM DENEGADA. (...)

5. Ilegalidade da decisão de Primeiro Grau que deu pelo arquivamento do inquérito policial. Decisão passível de correção por meio de mandado de segurança. Única via processual disponível para que a empresa vítima do desfalque patrimonial pudesse alcançar a devida tutela jurisdicional, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da CF/88.

6. Ordem denegada.

(STF, HC nº 105.167/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto, v.u., j. 06/03/12, DJe 15/06/12, grifos meus)

Ainda: STJ, AgRg no REsp nº 1.513.910/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, v.u., j. 01/10/15, DJe 19/10/15.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARQUIVAMENTO DE PEÇAS DE INFORMAÇÕES DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECURSO CONHECIDO COMO CORREÇÃO PARCIAL. REMESSA À CORREGEDORIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.

1. O arquivamento do inquérito policial cabe ao Juiz, tão-somente, após o requerimento do Ministério Público, titular da ação penal pública. Este, de acordo com o princípio da obrigatoriedade, formulará um juízo de valor sobre o seu conteúdo, para avaliar a existência ou não de elementos suficientes para fundamentar a acusação. Caso não encontre tais elementos (tipicidade do fato, indícios de autoria, contradições de procedibilidade ou de punibilidade etc.), cumpre-lhe requerer ao Juiz o arquivamento.

2. Entretanto, verifica-se a ausência de previsão legal de qualquer recurso para a questão debatida, em especial, no rol do artigo 581, do Código de Processo Penal, cujo elenco é taxativo, salvo raras exceções, não se admitindo o emprego de analogia, mas tão somente a chamada interpretação extensiva, o que não amplia o rol legal.

3. A decisão também não está sujeita ao recurso de apelação (artigo 593, incisos I e II, do Código de Processo Penal), visto não se caracterizar como sentença absolutória ou condenatória, nem como decisão definitiva ou com força de definitiva, uma vez que o inquérito arquivado

pode ser reaberto havendo novas provas.

4. De outro lado, a Correição parcial é recurso à disposição da parte prejudicada, quando da ocorrência de error in procedendo ou decisão tumultuária proferida em primeira instância da qual não caiba recurso, o que, a meu ver, é o caso do presente feito.

5. O artigo 6º, inciso I, da Lei 5.010/1966 dispõe que ao Conselho da Justiça Federal compete conhecer de Correição Parcial requerida pela parte ou pela Procuradoria da República contra ato ou despacho do Juiz de que não caiba recurso que importe erro de ofício ou abuso de poder; e o artigo 23, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, dispõe que ao Corregedor-Geral da Justiça Federal, compete relatar os processos de correição parcial, no Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

6. Considerando o Princípio da Fungibilidade Recursal, estando preenchidos os requisitos necessários, o presente Recurso em Sentido Estrito deve ser conhecido como Correição Parcial, e ser encaminhado ao Corregedor-Geral da Justiça Federal da 3ª Região.

(TRF- 3ª Região, RSE nº 0008611-96.2004.4.03.6105, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, v.u., j. 03/06/08, DJ 12/06/08, grifos meus)

Sem impugnação pelos meios processuais adequados, é forçoso reconhecer que a decisão de arquivamento tornou-se *preclusa*, impedindo nova investigação ou ação penal pelos mesmos fatos.

Impossível a esta E. Corte declarar a nulidade da decisão de arquivamento, uma vez que mesmo as nulidades absolutas não podem ser declaradas após o *trânsito em julgado* da *decisão definitiva* que põe fim ao processo ou ao inquérito policial.

Desta forma - e apesar da manifesta incompetência absoluta do órgão jurisdicional que a proferiu -, entendo inviável declarar a nulidade do *decisum* que determinou o encerramento do procedimento investigativo com fundamento na *atipicidade da conduta*, uma vez que não impugnado a tempo pelas vias processuais cabíveis.

A exemplo do que ocorre com a *coisa julgada*, entendo que a *força preclusiva* que decorre da *decisão de arquivamento do inquérito* - ainda que se entenda que tal decisão não cria *coisa julgada material* - possui o caráter de *pressuposto processual negativo*, na medida em que constitui óbice intransponível ao oferecimento de ação penal com base nos *mesmos fatos* anteriormente considerados *atípicos* ou *penalmente irrelevantes* impedindo, desta forma, a formação válida da relação jurídico-processual penal.

Ante o exposto, e com fundamento no *efeito preclusivo da decisão de arquivamento do inquérito*, determino o retorno dos autos ao arquivo.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

A pedido da Procuradoria da República, o inquérito judicial foi arquivado no 1º grau de jurisdição.

O investigado, Deputado Estadual, estava - como está - sujeito à jurisdição deste Tribunal Federal.

Descoberto o equívoco, a Procuradoria Regional da República pediu o desarquivamento dos autos e a remessa do feito a esta Corte Federal (fls. 177).

O Juízo de 1º grau de jurisdição deferiu o pedido (fls. 178).

No TRF3, a Procuradoria Regional da República ofereceu denúncia (fls. 183).

O denunciado foi ouvido (fls. 200).

O senhor Relator apresentou o caso no Órgão Especial do TRF3.

Reconheceu o efeito preclusivo da decisão de arquivamento (fls. 252).

Divergi, respeitosamente, pelos fundamentos agora expostos.

O ato de arquivamento, praticado no digno Juízo de 1º grau de jurisdição, é nulo, de pleno direito.

Por incompetência absoluta.

O Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Recurso extraordinário criminal. 2. Arquivamento de Inquérito Policial Militar, por inexistência de crime militar. 3. Correição parcial requerida pelo Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar da União. 4. Alegação de ocorrência de crime de tortura. Crime comum. Incompetência da Justiça Militar. Inteligência do art. 124 da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e parcialmente provido, determinando-se a remessa dos autos à Seção Judiciária do Estado de São Paulo (RE 407721, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/11/2004, DJ 03-12-2004 PP-00051 EMENT VOL-02175-04 PP-00712 LEXJSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 297-308 RTJ VOL-00192-03 PP-01094).

O Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ILÍCITO EM TESE COMETIDO POR POLICIAIS MILITARES. SINDICÂNCIA QUE CONCLUIU PELA INEXISTÊNCIA DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR. POSSIBILIDADE DE EVENTUAL COMETIMENTO DE CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR REQUERIDO PELO *PARQUET* E HOMOLOGADO POR JUÍZO MILITAR. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO.

I - Da decisão judicial que, acolhendo manifestação do Ministério Público, ordena o arquivamento de inquérito policial, não cabe recurso. (Precedentes).

II - Contudo, no presente caso, verifica-se que a controvérsia reside no fato de tal decisão homologatória de arquivamento ter sido proferida por Juízo incompetente. Por conseguinte, cabível, à espécie, em tese, correção por meio de mandado de segurança.

III - De fato, em se tratando de eventual prática de delito de abuso de autoridade cometido por policiais militares, é competente para julgamento a Justiça Comum, conforme o comando contido no enunciado da Súmula nº 172/STJ ("O abuso de autoridade cometido em serviço, por policial militar, deve ser julgado pela Justiça Comum."). *In casu*, restou evidenciada a incompetência do Juízo Militar acerca da homologação de arquivamento de inquérito policial quanto ao delito de abuso de autoridade.

IV - Na hipótese, portanto, restando consignado na sindicância para apuração de infração disciplinar militar a existência de indícios da prática de crime de abuso de autoridade, não poderia o Juízo Auditor Militar determinar o arquivamento do inquérito policial militar, tornando-se imperioso o envio dos autos da sindicância ao Juízo comum competente, a fim de que o órgão ministerial possa analisar a ocorrência ou não do delito previsto na Lei 4.898/65, qual seja, o abuso de autoridade.

Recurso provido.

(RMS 24.328/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJe 10/03/2008).

RMS - CRIMES PRATICADOS POR EX-PREFEITO - ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO - INCOMPETÊNCIA DO JULGAMENTO MONOCRÁTICO - ART. 29, X, CF/88 - MANDADO DE SEGURANÇA PARA PLEITEAR A NULIDADE DA DECISÃO - CABIMENTO.

1. Consoante o disposto no art. 29, X, da Constituição Federal, a competência para julgar Prefeito é do Tribunal de Justiça do Estado, de consequente, não detém o Juiz de Primeiro Grau competência para determinar o arquivamento de inquérito policial em que fatos delituosos são imputados a um ex-prefeito, que os teria praticado no exercício do mandato, mostrando-se nula de pleno direito a referida decisão.

2. Não se destinando o mandado de segurança a atacar o despacho que determinou o arquivamento em si, mas sim, a sua legalidade, vez que proferido por juiz incompetente, deve ser admitida a impetração sem que tal fato importe em violação à sistemática processual vigente.

3. Recurso provido.

(RMS 3.785/MG, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/1998, DJ 26/04/1999, p. 127).

É pacífica a jurisprudência, nos Tribunais, no sentido do cabimento da correção parcial - medida de nítido perfil administrativo -, quando o inquérito é arquivado de ofício, pelo Judiciário.

O dogma da imutabilidade do arquivamento determinado por juiz incompetente ou sem as cautelas necessárias - como é o caso da exigência de prévio pedido de arquivamento pelo Ministério Público - não foi chancelado pela jurisprudência.

O próprio Supremo Tribunal Federal, quanto à interpretação do artigo 567, do CPP – “A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente” -, limitou a eficácia dos atos praticados pelo juízo incompetente, inclusive os de natureza decisória.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. ATOS DECISÓRIOS. POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO. 1. Este Tribunal fixara anteriormente entendimento no sentido de que, nos casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam anulados, sendo possível a ratificação dos atos sem caráter decisório. Posteriormente, passou a admitir a possibilidade de ratificação inclusive dos atos decisórios. Precedentes. Agravo regimental a que se nega seguimento. (RE 464894 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-05 PP-01025).

No mesmo sentido: HC 94.372/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e HC 88.262, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado postura de clara afirmação do princípio republicano do juiz natural, nas mais variadas áreas do direito.

Caso o Colegiado decida pela superação da decisão prolatada no 1º grau de jurisdição, será necessário avançar para o juízo de admissibilidade da denúncia.

Não agora. Se prevalecer a citada decisão, o inquérito permanecerá arquivado. Pouco importará qualquer fato ou ato que lhe seja posterior.

Por estes fundamentos, declaro a nulidade da decisão de arquivamento prolatada pelo Juízo de 1º grau de jurisdição, em face de sua *manifesta e absoluta incompetência*.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI:

Esclareço, de início, que pedi vista destes autos a fim de melhor refletir acerca dos efeitos da incompetência absoluta do MMº Juízo de primeiro grau e da preclusão da decisão de arquivamento, externada como ocorrida no voto do eminente Relator.

1) DOS EFEITOS DA R. DECISÃO DO MMº JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU, ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE, E SEUS REFLEXOS NO PRESENTE FEITO

Por primeiro, assevero que a r. decisão do MMº Juízo de primeiro grau, mesmo que absolutamente incompetente, produziu e irradiou efeitos penais na relação jurídica em questão, não podendo ser alterada por este Tribunal, juízo natural do feito, em razão da aplicação ao caso do princípio da vedação à revisão “pro societate”.

De fato, é cediço que as decisões na seara penal, ainda que proferidas por juízo absolutamente incompetente, produzem efeitos jurídicos, não podendo posterior decisão do juízo natural agravar a situação jurídica do investigado, denunciado ou réu, porquanto impossível a revisão “pro societate”.

Assim, mesmo que nula a r. decisão proferida nestes autos pelo MMº Juízo de primeiro grau, por ter agido desprovido de competência absoluta, em razão da prerrogativa de foro do investigado, é certo que nenhum efeito negativo poderá a este advir do reconhecimento de referida nulidade, porquanto este C. Órgão Especial, juízo natural da causa, não poderá agravar a situação do denunciado, como posta nestes autos.

Destarte, exatamente porque a r. decisão “a quo”, ainda que nula, irradiou efeitos na esfera jurídico-criminal do investigado, a única decisão que se legitima nestes autos perante este C. Órgão Especial, em respeito aos mais caros princípios de Direito Penal, é a de rejeitar-se a denúncia.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL MILITAR. CONSTRANGIMENTO E LESÕES LEVES (ARTS. 222, § 2o., E 209, CAPUT, AMBOS DO CPM). PACIENTE QUE, PELOS MESMOS FATOS, JÁ CUMPRIU OBRIGAÇÃO IMPOSTA EM TRANSAÇÃO PENAL (PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE), PERANTE JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL, COM EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA PELO JUÍZO MILITAR. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA COMUM. PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. CENTRALIDADE, EM NOSSO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL, DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL EM CURSO NA 1a. AUDITORIA DA JUSTIÇA MILITAR/RS. 1. A sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente - ou, como se dá no caso, a homologação de transação penal proposta pelo Parquet -, embora nula, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado. Assim, apesar de eivada de nula, a decisão do Juízo Especial Criminal tem como consequência a proibição da reformatio in pejus. 2. A coisa julgada material significa a imutabilidade do comando contido na sentença. Na seara penal, a res judicata sustenta-se sobre a necessidade de segurança que a ordem jurídica demanda. 3. Ao confrontar a competência absoluta da Justiça Militar e o princípio do ne bis in idem, deve a solução tender para esta, em razão da centralidade dos direitos e garantias individuais em nossa Carta Constitucional. 4. Parecer do MPF pela concessão da ordem. 5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal em curso na 1a. Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. (HC 200702159648 HC -

HABEAS CORPUS - 90472 Relator(a) NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO Sigla do órgão STJ Órgão julgador QUINTA TURMA Fonte DJE DATA:03/11/2009) - grifei.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PROFERIDA POR JUIZ DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. OCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. REPRESENTADO MAIOR DE IDADE. REMESSA À JUSTIÇA COMUM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. A sentença absolutória transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente não pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos. 2. Incide, na espécie, o princípio do ne bis in idem, impedindo a instauração de processo-crime pelos mesmos fatos por que foi o paciente absolvido perante Juízo absolutamente incompetente. 3. Não havendo no ordenamento jurídico brasileiro revisão criminal pro societate, impõe-se acatar a autoridade da coisa julgada material, para garantir-se a segurança e a estabilidade que o ordenamento jurídico demanda. 4. Ordem concedida. (HC 200400813096 HC - *HABEAS CORPUS* - 36091 Relator(a) HÉLIO QUAGLIA BARBOSA Sigla do órgão STJ Órgão julgador SEXTA TURMA Fonte DJ DATA:14/03/2005 PG:00426) - grifei.

AÇÃO PENAL. Duplicidade de processos sobre o mesmo fato. Feitos simultâneos perante a Justiça Militar e a Justiça Estadual. Extinção da punibilidade decretada nesta. Trânsito em julgado da sentença. *Coisa julgada material. Incompetência absoluta do juízo comum. Irrelevância superveniente*. Falta, ademais, de coexistência dos requisitos previstos no art. 9º do CPM. Extinção da ação penal em curso perante a Justiça Militar. HC deferido para esse fim. Precedentes. *Se, no juízo comum, que seria absolutamente incompetente, foi, com coisa julgada material, decretada a extinção da punibilidade pelo mesmo fato objeto de ação penal perante a Justiça Militar, deve essoutra ação ser extinta, sobretudo quando não coexistam os requisitos capitulados no art. 9º do Código Penal Militar*. (HC 87869 HC - *HABEAS CORPUS* Relator(a) CEZAR PELUSO Sigla do órgão STF 2ª Turma, 28.11.2006) - grifei.

A esse raciocínio acrescento, ainda, o fato, não menos importante, de que o presente feito permaneceu arquivado por quase *longos três anos*, já que, determinado o arquivamento por despacho datado de 18.10.2011 (fl. 158), somente veio a ser desarquivado em 24.09.2014, com determinação de remessa a esta Corte (fl. 178).

Dessa forma, ainda que na seara penal se pudesse cogitar de revisão “pro societate”, a r. decisão em tela já estaria alcançada de qualquer forma pelo instituto, denominado pela doutrina, da “coisa soberanamente julgada”, pois ultrapassado prazo significativo - mais de dois anos - sem que houvesse qualquer impugnação daquele “decisum” pelo Ministério Público Federal.

Sobre o tema, Tereza Arruda Alvim Wambier, assim escreve sobre as nulidades das sentenças e a coisa julgada:

[...] São estes três, e não outros, os parâmetros que devem ser levados em conta para que se possa afirmar algo juridicamente sustentável, em sua integralidade: *decorrido o biênio decadal, nada mais poderá ser feito contra as sentenças rescindíveis - inclusive as nulas* (que são meramente rescindíveis, segundo nosso sistema de direito), não se confundindo com as inexistentes [...] - grifei (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007. P.442-443).

Não se ignora que o surgimento de fatos novos, no Processo Penal, pode justificar o desarquivamento dos autos e a continuidade da persecução criminal (art. 18 do CPP), porém, quando o arquivamento vem lastreado na ausência de crime, a decisão pode fazer *coisa jul-*

gada material - como adiante abordarei -, tornando, neste caso, juridicamente impossível o desarquivamento, principalmente, quando decorrido prazo significativo, *com a preservação da segurança jurídica - mesmo que advinda a coisa julgada de decisão nula - e a vedação, na esfera criminal, da revisão “pro societate”*.

Concluo, pois, este tópico que a incompetência absoluta do MMº Juízo de primeiro grau não impediu a formação da coisa julgada material, conforme ocorreu - consoante procurarei demonstrar -, de forma que entendo não ser possível a continuidade da persecução criminal contra o denunciado.

2) DA COISA JULGADA NO PRESENTE FEITO

No tocante à coisa julgada, penso ser relevante, por primeiro, ressaltar a diferença entre a coisa julgada *formal* e a coisa julgada *material*.

De acordo com o magistério de Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery,

coisa julgada formal é a inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida. Ocorre a coisa julgada formal quando a sentença não mais está sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, quer porque dela não se recorreu; quer porque se recorreu em desacordo com os requisitos de admissibilidade dos recursos ou com os princípios fundamentais dos recursos. quer, ainda, porque foram esgotados todos os meios recursais de que dispunham as partes e os interessados naquele processo. [...] Trata-se, na verdade, de preclusão e não de coisa julgada. [...] As sentenças proferidas com base no CPC 267 são atingidas somente pela *preclusão (coisa julgada formal)*, mas não pela coisa julgada material, que só alcança as sentenças de mérito, isto é, as que encerram o processo nos casos do CPC 269 ou as decisões que têm como conteúdo as matérias constantes do rol do CPC 269 (NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 713).

A coisa julgada material (*autoritas rei iudicatae*), consoante prelecionam referidos processualistas, à luz do artigo 467 do Código de Processo Civil Brasileiro/1973, consiste *na qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário, nem a remessa necessária do CPC 475. Somente ocorre se e quando a sentença de mérito tiver sido alcançada pela preclusão, isto é, a coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra a coisa julgada material* (Ob. cit, p. 709).

Atente-se à superposição acontecida entre coisa julgada e coisa preclusa. Os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery chegam a afirmar que a coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra a coisa julgada material (Ob. cit. p. 709).

Ainda, Alexandre Freitas Câmara assim ensina sobre o tema:

Se a sentença tiver alcançado apenas a coisa julgada formal, esta eficácia preclusiva impede novas discussões apenas no processo em que a sentença foi proferida (eficácia preclusiva endoprocessual), mas se a sentença alcançou também a coisa julgada material, tal eficácia preclusiva impede qualquer nova discussão, em qualquer outro processo, acerca do que já foi acobertado pela autoridade de coisa julgada (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2003, p.475-476).

Mais qualificado é o magistério de José Frederico Marques, que em relação à coisa julgada formal leciona:

Impossibilidade de novo julgamento pelas vias recursais, ou porque este foi proferido por órgão do mais alto grau de jurisdição, ou porque transcorreu o prazo para recorrer sem que o vencido interpusse recurso ou finalmente porque se registrou desistência do recurso ou a ele se renunciou.

Quanto à coisa julgada material, o ilustre processualista resume-a da seguinte forma:

A coisa julgada material é qualidade tão-só dos efeitos de julgamentos que decidem a lide, pois aqueles que declaram inadmissível a tutela jurisdicional, por não resolverem o mérito, não se revestem da imutabilidade fora da relação processual, que promana da res iudicata material (*in* Curso de Direito Processual Civil. vol. 1, 22^a ed, Forense, 1997, p. 270).

Assim, é de se concluir que a coisa julgada *formal* restringe-se à simples finalização do processo, seja porque não houve recurso pelas partes, seja porque do julgamento do recurso interposto não houve interposição de novos recursos, não mais se podendo debater a questão posta apenas naquele processo, a qual, porém, poderá ser novamente levada a juízo por meio de uma nova ação judicial.

Já a coisa julgada *material* possui resolução de conteúdo daquilo que foi levado e debatido em juízo, consistindo, pois, na imutabilidade da decisão de natureza meritória e na impossibilidade de a matéria objeto da sentença de mérito ser novamente discutida em outra ação judicial, produzindo efeitos para fora do processo. *A coisa julgada material é, assim, infensa a outro julgamento e pressupõe a existência da coisa julgada formal, mas não o contrário.*

Feita essa breve introdução, e, trazendo agora esses conceitos para a seara penal, conclui-se, à luz do artigo 18 do Código de Processo Penal, que, uma vez arquivado o inquérito policial com lastro na atipicidade, na licitude ou na ausência de culpabilidade, é possível cogitar-se em *coisa julgada formal*, mas também em *coisa julgada material*, e não apenas em simples *preclusão*, como consignado no voto do eminente Relator. Senão vejamos.

A respeito dessa norma, a Súmula 524 do STF prevê que:

Arquivado o inquérito policial, por despacho do Juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.

Com efeito, o surgimento de novas provas, num contexto de arquivamento com base na atipicidade, na licitude ou na não culpabilidade, autoriza a reabertura do inquérito policial, com o prosseguimento da *persecutio criminis*, quando então conclui-se produzida nos autos *coisa julgada meramente formal*, pois, como visto dos conceitos doutrinários acima citados, a coisa julgada material não mais permite discussão sobre a matéria debatida no processo, irradiando efeitos para fora daquela relação jurídico-processual, e, com isso, não autoriza a reabertura das investigações.

Pois bem, observadas essas premissas, prossigo em meu raciocínio com dois exemplos.

Imaginemos, por primeiro, a apreensão de mercadorias estrangeiras pela Receita Federal, cujos tributos não foram pagos pelo contribuinte, mas que, diante da insignificância dos valores iludidos, o inquérito policial instaurado acabou sendo arquivado pelo Judiciário com base na atipicidade.

Posteriormente, porém, surge um fato novo, dando conta de fraude pelo auditor fiscal que procedeu à apreensão, concluindo-se que na realidade o valor das mercadorias era dez

vezes maior e que, portanto, não se aplicaria ao caso o princípio da insignificância penal, pois os tributos iludidos eram, da mesma forma, de grande valor à União.

Na hipótese aqui ventilada questiono: o fato de ter sido arquivado o inquérito policial com base na atipicidade da conduta autoriza a conclusão pela produção de coisa julgada material? E, com isso, não poderia mais dar-se continuidade à persecução criminal, após o surgimento do fato novo?

Entendo que a melhor resposta a essa questão é a de que o simples fato de o arquivamento ter sido lastreado na atipicidade não tem o condão de produzir, “in casu”, coisa julgada material, mas tão somente *coisa julgada formal*, aplicando-se exatamente o quanto disposto no artigo 18 do CPP, já que a circunstância que inicialmente conduziu à atipicidade - *insignificância do valor dos tributos iludidos* -, apurou-se depois ser inverídica e fraudulenta, em face do surgimento de um *fato novo*, autorizando-se, assim, o prosseguimento da *persecutio criminis*.

Um segundo exemplo relaciona-se, agora, a uma excludente de ilicitude, e não mais da tipicidade.

Imaginemos um homicídio, cujo inquérito foi arquivado pelo Judiciário, a pedido do “parquet”, sob o argumento de o autor dos fatos ter agido em legítima defesa, circunstância que, de acordo com parcela significativa da doutrina e da jurisprudência, conduz à formação de coisa julgada material, não sendo mais possível a reabertura do inquérito policial, em razão da licitude da conduta apurada.

Nesse sentido, cito as lições de Guilherme de Souza Nucci:

Arquivamento com base em excludente de ilicitude ou de culpabilidade: conforme a situação, em nosso entendimento, gera, igualmente, coisa julgada material. Se o representante do Ministério Público chega à conclusão de não haver crime, por ter o indiciado agido sob alguma excludente de ilicitude [...], bem como em situação de exclusão da culpabilidade [...], não há cabimento em se reabrir, futuramente, a investigação policial, a pretexto de terem surgido novas provas (in Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed. RT, 2011, p. 123) - grifei.

Não obstante, surgindo um *fato novo*, demonstrando que, na verdade, não houve legítima defesa, questiono: haveria neste caso coisa julgada material?

A resposta, da mesma forma ao exemplo acima, é, a meu ver, negativa, isto é, trata-se, “in casu”, de coisa julgada apenas formal, podendo-se, pois, desarquivar-se o inquérito e prosseguir-se nas investigações e na persecução criminal com base naquele fato novo.

Por outro lado, caso a decisão judicial reconhecendo a atipicidade, a licitude, ou a não culpabilidade do investigado estiver lastreada em simples *entendimento jurídico* - doutrinário ou jurisprudencial -, do qual seja impossível a sua alteração por um fato novo - *até porque a questão não é de fato, mas apenas de direito* -, então, por óbvio, a coisa julgada só poderá ser de natureza material, porquanto *imutável o seu conteúdo*, irradiando efeitos, pois, para fora daquela relação processual.

Destarte, de todo esse raciocínio, extraio duas conclusões:

I) quando a atipicidade, a licitude e a não culpabilidade estiver baseada em *questão de fato*, a coisa julgada será meramente *formal*, posto que modificável, em tese, o quadro fático por um *fato novo*, apto a afastar a atipicidade, a licitude e a não culpabilidade, autorizando-se o prosseguimento das investigações, como se pode vislumbrar dos dois exemplos supra;

II) quando a atipicidade, a licitude e a não culpabilidade estiver baseada em *entendimen-*

to jurídico - doutrinário ou jurisprudencial -, cujo quadro seja *de impossível alteração por um fato novo*, a coisa julgada será material, não mais podendo serem reabertas as investigações, produzindo efeitos para fora daquela relação jurídico-processual.

Em síntese, forçoso concluir que nem sempre o arquivamento do inquérito policial lastreado na atipicidade, na licitude ou na não culpabilidade conduzirá, necessariamente, à formação da coisa julgada material, podendo restringir-se, como visto, à simples coisa julgada formal, quando então será possível o desarquivamento e o prosseguimento da persecução criminal.

Dessa forma, a coisa julgada produzida nestes autos foi a de natureza material, mas, ao contrário do entendimento externado pelo eminente Relator, não apenas pelo fato de a decisão de arquivamento, lastreada na atipicidade, não ter sido impugnada pelo “parquet” pelos meios processuais adequados, mas especialmente em razão do conteúdo daquele “decisum”, imodificável por um fato novo. Do contrário, haveria ofensa ao artigo 18 do Código de Processo Penal.

Com efeito, em casos como tais, é preciso seja analisado o conteúdo da decisão de arquivamento - se pela atipicidade, licitude ou não culpabilidade - e se esse conteúdo pode vir a ser modificado por um *fato novo*, tal como exigem o artigo 18 do CPP e a Súmula 524 do STF, como illustrei nos exemplos acima. Não podendo mais o conteúdo da decisão judicial de arquivamento - baseado na atipicidade, licitude ou não culpabilidade - ser alterado por um *fato novo*, então haverá *coisa julgada material*, e também *coisa julgada formal*, já que esta é pressuposto daquela, e não apenas preclusão.

Foi esse, exatamente, o quadro verificado nestes autos, como adiante analisarei.

Do caso dos autos: no feito em tela a decisão judicial pelo arquivamento lastreou-se em questão *meramente de direito*, ou seja, em entendimento jurisprudencial no sentido de ser *atípica* a conduta de investigado por falso testemunho, quando seu depoimento é desconsiderado pelo juiz sentenciante, não produzindo efeitos no processo em que prestado, por absoluta falta de potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado.

Em situações como tais, evidentemente, não há qualquer possibilidade de um *fato novo* alterar referido quadro, pois, como visto, não se trata de circunstância de fato, mas apenas de direito - *entendimento jurisprudencial* -, daí por que a conclusão que aqui externo, no sentido de ter sido produzida coisa julgada material nestes autos - *e não apenas formal ou de simples preclusão* -, não sendo mais possível reabrir e prosseguir-se as investigações.

E mais, ainda que surgindo um novo entendimento jurídico sobre a matéria que conduziu ao reconhecimento da atipicidade, tal circunstância não teria como alterar o entendimento adotado pelo MMº Juízo “a quo”, porquanto respaldado por sedimentada corrente jurisprudencial e doutrinária vigente no momento em que proferida a sua decisão.

Ainda, como já destaquei anteriormente, a r. decisão de primeiro grau que determinou o arquivamento foi proferida no ano de 2011, tendo os autos permanecido por quase três anos no arquivo, sem qualquer tipo de diligência ou de impugnação pelo Ministério Público Federal, de modo a se aplicar a casos desse jaez, também por essa razão, o *princípio da segurança jurídica*, a respaldar a formação da coisa julgada material, quer seja pela natureza da decisão proferida - *de cunho meramente jurídico, sem possibilidade de alteração por fato novo* -, quer seja pelo grande tempo decorrido entre a data da r. decisão “a quo” e a do desarquivamento dos autos, que, reitero, permaneceram por quase três anos arquivados.

Portanto, de qualquer ângulo em que analisada a questão, não há como concluir-se diferentemente à formação da coisa julgada material nestes autos, a impedir o prosseguimento da

persecução criminal.

Por fim, discordando do voto do eminente Relator, entendo que em casos desse jaez, como visto, não se trata de *decisão com simples força preclusiva*, mas, muito mais do que isso, de *decisão com força de coisa julgada material*, posto que de análise de conteúdo meritório, e não meramente processual, caso da preclusão.

3. DA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA

Uma vez concluído ser atípico o fato narrado na inicial acusatória, com produção de *coisa julgada material*, é evidente não haver *justa causa* para a ação penal.

Dessa forma, remanesce a seguinte questão: deve ser simplesmente mantido o arquivamento dos autos, nos termos do voto do eminente Relator, ou a denúncia oferecida deve ser rejeitada, com força de coisa julgada material?

Com a devida vênia ao eminente Relator, tenho que, uma vez oferecida a peça acusatória, deve o Poder Judiciário rejeitá-la ou recebê-la.

Nesse sentido, aliás, é como dispõe o artigo 6º, “caput”, da Lei nº 8.038/90, “*verbis*”:

Art. 6º - A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.

Outrossim, à luz de tudo que foi exposto, entendo que a denúncia deve ser rejeitada por este Órgão Especial, com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, “*verbis*”:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

[...]

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Observo, contudo, que a presente rejeição é constituída, como visto, de força de *coisa julgada material*, que já preexistia, inclusive, antes mesmo do oferecimento da denúncia, de modo que impossível o ajuizamento futuro de nova ação pelo Ministério Público Federal pelos mesmos fatos aqui apurados.

4. DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, divergindo do eminente Relator, o meu voto é pela *rejeição da denúncia*, com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, em razão da *coisa julgada material* produzida na presente relação processual.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator para o Acórdão):

Preliminarmente, cumprimento o e. relator pelo bem lançado voto, em que destacadas todas as circunstâncias fáticas que permitem compreender com perfeição as peculiaridades do caso sob exame, acompanhadas de doutrina e de precedentes atuais do Supremo Tribunal

Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Compartilho do entendimento exposto pelo relator, não só com relação à competência deste Órgão Especial para apreciar o presente caso, por envolver denunciado detentor de foro por prerrogativa de função, mas também quanto à conclusão de que a decisão de arquivamento do inquérito, mesmo quando exarada por juízo absolutamente competente, é dotada de eficácia preclusiva, obstando, à míngua de qualquer elemento probatório inovador, a possibilidade de propositura de ação penal versando sobre os mesmos fatos.

Todavia, com a devida vênia do e. relator, reputo que a presença de pressuposto processual negativo na espécie - representado pela decisão que, acolhendo requerimento do *parquet*, determina o arquivamento do inquérito por atipicidade do fato, gerando coisa julgada material - não consubstancia empeco à análise da peça acusatória posta a apreciação deste colegiado.

Ao revés, entendo ser necessária a manifestação deste Órgão Especial quanto ao recebimento ou rejeição da denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal.

Nesse contexto, à vista dos efeitos produzidos pela referida decisão de arquivamento fundada em atipicidade - a qual, repita-se, ainda que prolatada por autoridade judicial absolutamente incompetente, tem o condão de fazer coisa julgada material, como bem destacam os precedentes das Cortes Superiores trazidos colacionados no voto do e. relator - de rigor a rejeição da denúncia, ante a manifesta ausência de “*pressuposto processual (...) para o exercício da ação penal*”, consoante dicção do art. 395, II, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, voto por rejeitar a denúncia, com fulcro no art. 395, II, do CPP.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator para o Acórdão)

“HABEAS CORPUS”

0004344-43.2016.4.03.0000

(2016.03.00.004344-2)

Impetrantes: ALEXANDRE JEAN DAOUN, DANIELA APARECIDA DOS SANTOS E FABIANA MATOS GUIMARÃES

Paciente: LAODSE DENIS DE ABREU DUARTE

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Classe do Processo: HC 66224

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2016

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. AGENTE MAIOR DE 70 ANOS APÓS O JUÍZO CONDENATÓRIO. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 115 DO CP.

1. A despeito da preliminar de não conhecimento aduzida pela Procuradoria Regional da República e embora seja imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial etc.), e apesar de o *writ*, na hipótese, ter sido interposto como sucedâneo do agravo - que é o recurso cabível das decisões proferidas em sede de execução penal -, conheço do *mandamus*, na medida em que a matéria nele deduzida - prescrição da pretensão punitiva estatal - trata-se de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, o que oblitera a inadequação da via eleita.

2. Inúmeros precedentes firmados pelos Tribunais Superiores são no sentido de que a redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do Código Penal é aplicável ao agente maior de 70 anos na data da sentença ou acórdão condenatório, e não na data em que o título executivo penal condenatório se tornou imutável.

3. Com efeito, na esteira dos precedentes supracitados, apesar de o vocábulo sentença veiculado pelo art. 115 do Código Penal não possa ser interpretado literalmente, haja vista que a norma incide também quando a condenação vier a ser editada somente pelos Tribunais quando do julgamento de apelação ou em ação penal originária, não é conveniente aumentar o âmbito de aplicação do benefício, sob pena de se estimular a procrastinação do processo.

4. *Habeas corpus* conhecido. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer do *mandamus* e denegar a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de setembro de 2016.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Alexandre Jean Daoun, Daniela Aparecida dos Santos e Fabiana Matos Guimarães, em favor de Laodse Denis de Abreu Duarte, contra suposto ato coator imputado ao Juízo Federal da 1ª Vara de Sorocaba/SP, que, nos autos da Execução Penal nº 0004462-90.2014.403.6110, não reconheceu a alegada ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal em favor do paciente.

Segundo os impetrantes, o paciente é septuagenário, tendo completado 70 (setenta) anos na data de 19.06.2013. Nessa condição, faria jus à redução pela metade do prazo prescricional, nos termos do art. 115, do Código Penal.

Em sendo assim, e considerando que a condenação que é executada nos autos originários transitou em julgado para a defesa em 27.05.2014, os impetrantes defendem a ocorrência da extinção da punibilidade do paciente em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, tal como, aliás, fora reconhecido pelo próprio órgão ministerial de primeiro grau, embora indevidamente negado pela autoridade impetrada.

Com base nesses argumentos, requerem liminar para que seja suspensa a audiência admonitória, que estaria na iminência de ser marcada e, no mérito, postulam a concessão da ordem, de modo a ser reconhecida a extinção da punibilidade do paciente.

A inicial de fls. 02/16 veio acompanhada dos documentos de fls. 17/1.377.

A liminar foi indeferida (fls. 1.387/1.388-vº).

A autoridade impetrada prestou informações e juntou documentos (fls. 1.390/1.396).

Na sequência, após consultados o Exmo. Des. Fed. José Lunardelli e o Exmo. Juiz Fed. Conv. Leonel Ferreira (em substituição regimental ao Exmo. Des. Fed. Antônio Cedenho), Suas Excelências responderam negativamente à ocorrência de prevenção (fls. 1.398 e 1.400, respectivamente).

Finalmente, após vistar os autos, a Procuradoria Regional da República opinou, em preliminar, pelo não conhecimento do *writ*, e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 1.402/1.405).

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo actu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e do art. 647 do Código de Processo Penal.

Por sua vez, a despeito da preliminar de não conhecimento aduzida pela Procuradoria Regional da República e embora seja imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas*

corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial, etc.), e apesar de o *writ*, na hipótese, ter sido interposto como sucedâneo do agravo - que é o recurso cabível das decisões proferidas em sede de execução penal -, conheço do *mandamus*, na medida em que a matéria nele deduzida - prescrição da pretensão punitiva estatal - trata-se de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, o que oblitera a inadequação da via eleita.

Passo a análise do mérito.

No caso, verifica-se da decisão copiada às fls. 1.367/1.371 que a autoridade impetrada recusou o reconhecimento da ocorrência da prescrição punitiva estatal diante do fato de que o paciente completou 70 (setenta) anos após o advento da sentença condenatória.

De fato, de acordo com o relato feito pelos próprios impetrantes, a sentença que condenou o paciente à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão - substituída por 2 (duas) restritivas de direitos - além do pagamento de 14 (quatorze) dias-multa pela prática do crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º, I e II, da Lei nº 8.137/90, foi publicada em 20.04.2010.

Da sentença, a defesa do paciente e a acusação apelaram, tendo os respectivos apelos sido julgados na sessão realizada em 19.03.2013 (fls. 1.169/1.170), ocasião em que o apelo da defesa foi desprovido, mas acatada a apelação da acusação, razão pela qual as penas do paciente foram aumentadas para 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

O acórdão foi publicado em 09.05.2013; a defesa interpôs recurso especial, que acabou não admitido e, finalmente, em 27.05.2014 o édito condenatório transitou em julgado para o paciente.

Por sua vez, o paciente só completou 70 (setenta) anos em 19.06.2013, ou seja, após o advento da sentença condenatória e do acórdão que a confirmou, majorando-lhe as penas.

Nessa ordem de ideias, tal como decidiu a autoridade impetrada, não há cogitar-se da redução do prazo prescricional pela metade, haja vista que, nos termos do entendimento há muito pacificado pela jurisprudência, a benesse legal estatuída pelo art. 115 do Código Penal somente se aplica quando o réu tem mais de 70 anos na data da primeira condenação.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: *STF*: RHC 125565, Teori Zavaski, julg. 05.05.2015; HC-AgR 127260, Roberto Barroso, julg. 28.4.2015; HC 117386, Rosa Weber, julg. 29.10.2013; *STJ*: AGRESP 201403045411, Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJE de 04.03.2015; EDRESP 201200136011, Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJE de 31.10.2014.

Ou seja, no caso dos autos, para que tivesse direito à redução do prazo prescricional pela metade, o paciente teria de ter completado 70 anos na data da sentença que o condenou - em 20.04.2010 -, o que não ocorreu.

E, embora seja sedutora a tese de que o propósito da lei consista em favorecer o agente em virtude de sua idade, a exemplo do que sucede com o menor de 21 (vinte e um) anos, certo é que, tal como vem decidindo a jurisprudência, essa interpretação não se sustenta à luz do texto legal, máxime quando o acusado pode postergar a formação da coisa julgada mediante a interposição de recursos e, desse modo, obter o favor legal que deveria alcançar somente aquele que venha a ser condenado já em idade avançada.

Com efeito, na esteira dos precedentes supracitados, apesar de o vocábulo sentença veiculado pelo art. 115 do Código Penal não possa ser interpretado literalmente, haja vista que a

norma incide também quando a condenação vier a ser editada somente pelos Tribunais quando do julgamento de apelação ou em ação penal originária, não é conveniente aumentar o âmbito de aplicação do benefício, sob pena de se estimular a procrastinação do processo.

Ante o exposto, CONHEÇO DO *MANDAMUS*, e, porque ausente flagrante ilegalidade ou abuso de poder, DENEGO A ORDEM.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Alexandre Jean Daoun, Daniela Aparecida dos Santos e Fabiana Matos Guimarães em favor de *Laodse Denis de Abreu Duarte*, contra suposto ato coator imputado ao Juízo Federal da 1ª Vara de Sorocaba/SP, nos autos da Execução Penal nº 0004462-90.2014.403.6110, que não reconheceu a alegada ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Narra a inicial que o paciente completou 70 (setenta) anos de idade na data de 19.06.2013 e, por isso, faz jus à redução pela metade do prazo prescricional, nos termos do art. 115, do Código Penal, na medida em que a condenação que é executada transitou em julgado para a defesa em 27.05.2014.

Sustentam, ainda, os impetrantes o próprio órgão ministerial de primeiro grau reconheceu a ocorrência da mencionada prescrição.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 1387/1388-vº.

Informações prestadas às fls. 1390/1396.

A i. Procuradoria Regional da República opinou, em preliminar, pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 1402/1405).

O feito foi incluído para julgamento em mesa na sessão designada para 18/04/2016, na qual o e. Des. Fed. Paulo Fontes conheceu do *habeas corpus* e denegou a ordem por ausência de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, diante da não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Esclareço que, após o voto do e. relator Des. Fed. Paulo Fontes, com a devida vênia, pedi vista para exame mais minucioso com vistas a formação de meu julgamento e, em razão disso, *acompanho o relator* em todos seus termos.

De fato, restou consignado no mencionado voto que sentença publicada em 20/04/2010, condenou o paciente à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão - substituída por 2 (duas) restritivas de direitos - além do pagamento de 14 (quatorze) dias-multa pela prática do crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º, I e II, da Lei nº 8.137/90.

A defesa do paciente e a acusação apresentaram recursos de apelação que foram julgados na sessão realizada em 19/03/2013 (fls. 1169/1170), ocasião em que o apelo da defesa foi desprovido e o da acusação provido para elevar as penas do paciente para 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

O acórdão foi publicado em 09/05/2013, a defesa interpôs recurso especial, que acabou não admitido e, finalmente, em 27/05/2014 a condenação passou em julgado para o paciente.

Consta dos autos que o paciente completou 70 (setenta) anos em 19/06/2013, ou seja, após o advento da sentença condenatória e do acórdão que a confirmou com majoração das penas.

De fato, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (Embargos de Divergência em Resp nº 749.912/PR, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 05/05/2010) e precedentes desta 5ª Turma (ACR 55.700/SP, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, 1ª Seção, julgado em 16/06/14, e-DJF3 Judicial 1 de 27/06/14), no sentido que a redução do prazo prescricional pela metade somente se aplica quando o réu tem mais de 70 anos na data da primeira condenação.

Aqui, na data da sentença condenatória (20/04/2010), o paciente ainda não tinha completado 70 (setenta) anos de idade, fato que ocorreu apenas após a confirmação da condenação por este tribunal regional (19/06/2013).

Portanto, *acompanho* o e. Relator Des. Fed. Paulo Fontes para conhecer do presente *habeas corpus* e denegar a ordem.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO

“HABEAS CORPUS”
0012558-23.2016.4.03.0000
(2016.03.00.012558-6)

Impetrante: FLAMÍNIO MAURÍCIO NETO
Paciente: GEDER ANTUNES BRANDÃO (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: HC 67909
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2016

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Consoante as informações prestadas pela Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul, verifica-se a possibilidade de tratamento médico do paciente no estabelecimento prisional em que se encontra encarcerado preventivamente. Veja-se que, além de uma sala de enfermagem no próprio presídio, em que são ministrados os medicamentos por uma profissional da área de saúde, há um Módulo de Saúde anexo ao presídio, em que são realizados os atendimento médicos.
2. A concessão de prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, II, do CPP, exige não só a comprovação de que o agente encontra-se extremamente debilitado por motivo de doença grave, como também a demonstração de impossibilidade de tratamento no estabelecimento penitenciário em que se encontra recolhido, que, conforme fundamentação acima, não restou comprovada na presente impetração. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:
3. Ressalte-se que o paciente sofreu traumatismo craniano no ano de 2008, no entanto, essa condição não lhe impediu de se envolver, ao menos em tese, na prática dos delitos que lhe são imputados na denúncia ofertada nos autos originários.
4. Em relação à prisão preventiva, não se verificam, nos autos, elementos necessários à concessão da ordem.
5. Conforme consta da inicial deste *writ*, o paciente teria sido identificado como um dos supostos integrantes de uma organização voltada para a prática de tráfico internacional de drogas, e os diálogos interceptados indicaram a participação de Geder em “*tratativas envolvendo o carregamento e a distribuição da droga a outros traficantes, cumprindo determinações de seu genitor*” (fl. 16). Assim, segundo a autoridade impetrada, a prisão preventiva revela-se necessária para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.
6. Não houve, pelo impetrante, a apresentação de qualquer documento capaz de justificar a revogação da custódia cautelar. Assim, não há que se falar em flagrante ilegalidade a ser sanada, ao menos nesta via de cognição sumária, na medida em que persistem os motivos que autorizaram a decretação da prisão preventiva.
7. Ordem denegada.

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, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de setembro de 2016.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GEDER ANTUNES BRANDÃO, contra ato do Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS.

Neste *writ*, o impetrante insurge-se contra a decisão que indeferiu o pedido de prisão domiciliar. Aduz que o paciente sofreu traumatismo crânio encefálico, em 22/11/2008, e, por essa razão, necessita de acompanhamento neurológico permanente e uso de medicação.

Alega que, de acordo com o ofício expedido pela Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul, o estabelecimento prisional em que o paciente encontra-se recolhido não possui condições de prestar-lhe serviço médico especializado.

Sustenta que o paciente preenche os requisitos previstos no artigo 318, II, do CPP, na medida em que se encontra extremamente debilitado em razão de sua peculiar condição de saúde.

Alega, ainda, que não há elementos concretos capazes de justificar a decretação da prisão preventiva do paciente, mas apenas alguns diálogos interceptados, que, segundo o impetrante, revelam-se insignificantes e foram interpretados pela autoridade policial de maneira descontextualizada. Ademais, os diálogos envolvendo o paciente referem-se a fatos periféricos e secundários.

Assevera que a decisão que decretou a prisão cautelar violou o artigo 93, IX, da CF e artigo 315 do CPP.

Aduz que não estão presentes os requisitos previstos no artigo 312 do CPP, e defende o cabimento das medidas cautelares alternativas, diante da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do acusado, que é tecnicamente primário e possui residência fixa no distrito da culpa.

Requer, liminarmente, a concessão de liberdade provisória, expedindo-se alvará de soltura mediante a aplicação de medidas cautelares, ou a prisão domiciliar prevista no artigo 318, II, do CPP. No mérito, requer a confirmação da liminar deferida.

Em decisão de fls. 62/64v, o pedido de liminar foi indeferido.

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 70/71).

Em parecer (fls. 73/79), a Procuradoria Regional da República opina pela denegação da ordem.

Em petição de fls. 81/84, o impetrante requereu a reconsideração da decisão proferida na apreciação da liminar.

Em nova petição (fls. 86/92), foi juntado novo laudo médico e certidão de objeto e pé. É o relatório.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GEDER ANTUNES BRANDÃO, contra ato do Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS.

A prova pré-constituída que acompanha esta impetração demonstra que o paciente, Geder Antunes Brandão, encontra-se preso preventivamente por força de decisão proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS, nos autos nº 0012029-17.2014.403.6000, em razão de seu suposto envolvimento nos delitos de tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico.

A defesa formulou pedido de liberdade provisória (autuado sob nº 0006633-88.2016.403.6000), alegando que Geder, em razão de traumatismo crânio encefálico, necessita de acompanhamento médico permanente, que não pode ser fornecido no estabelecimento prisional em que se encontra recolhido.

O pedido foi indeferido pelos seguintes fundamentos (fls. 46/47):

Verifico que, não obstante a decisão apresentada, o requerente não comprovou nos autos a incapacidade do estabelecimento penal em prestar-lhe a assistência médica necessária à manutenção de sua saúde.

O fato de ser possuidor de sequelas decorrentes do traumatismo crânio encefálico, por si só, não justifica a revogação da decisão decretada em seu desfavor, nem afastam os motivos que ensejaram tal decreto.

Assim sendo, à míngua de provas de que esteja efetivamente em risco de vida dentro do estabelecimento penal, seu pedido há de ser indeferido.

Com base em tais fatos, esse juízo não vislumbra, por ora, a adequação de quaisquer outras medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, para o acautelamento da ordem pública e da aplicação da lei penal.

Por todo o exposto, indefiro o pedido de revogação da prisão preventiva, porquanto presentes todos os pressupostos e requisitos para a decretação dessa medida.

A defesa apresentou pedido de reconsideração, instruído com ofício da AGEPEN/MS (fl. 51), todavia, o pleito foi novamente indeferido. Confira-se a decisão ora impugnada (fl.60):

[...] O requerente não trouxe aos autos qualquer comprovação da alteração da situação fática em que se encontra. Ao contrário, juntou cópia de um ofício expedido pela AGEPEN - Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul, cujas informações atestam a capacidade do sistema prisional para atender às necessidades médico-hospitalares dos internos, inclusive de Geder. Logo, não demonstrada a incapacidade do estabelecimento penal de prestar assistência médico-hospitalar da qual eventualmente necessite o requerente, mantendo a decisão de f. 24 por seus próprios e jurídicos fundamentos e indefiro o pedido de reconsideração [...]

Veja-se que a documentação acostada aos autos indica que o paciente sofreu traumatismo crânio encefálico grave, em 22/11/2008, e, por essa razão, necessita de acompanhamento neurológico por tempo indeterminado e uso de medicação (fls. 37/38).

De acordo com as informações prestadas pela AGEPE/MS, em 17/06/2016:

no Presídio de Trânsito dispomos de sala de enfermagem, na qual atende uma técnica de enfermagem fazendo a dispensação de medicamentos via receituário, bem como fazendo os encaminhamentos médicos de clínica geral e especialidades, isto durante o período de expediente em dia úteis;

Durante o período de expediente, os internos que necessitam de atendimento médico são encaminhados ao Módulo de Saúde do Complexo Penitenciário de Campo Grande (anexo ao presídio), que oferece os atendimentos médicos de clínica geral, psiquiatria e infectologia, segunda a sexta-feira, pela manhã e à tarde mediante consultas pré-agendadas pela técnica de enfermagem que atende no Presídio de Trânsito;

Os privados de liberdade que necessitam de atendimento de emergência durante e após o expediente e os finais de semana, são encaminhados a Unidade Básica de Saúde mais próxima localizada no Bairro Tiradentes na cidade de Campo Grande/MS, com escolta da Polícia Militar que faz atendimento e a regulação quando necessário (fl. 51).

Consoante as informações prestadas pela Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul, verifica-se a possibilidade de tratamento médico do paciente no estabelecimento prisional em que se encontra encarcerado preventivamente. Veja-se que, além de uma sala de enfermagem no próprio presídio, em que são ministrados os medicamentos por uma profissional da área de saúde, há um Módulo de Saúde anexo ao presídio, em que são realizados os atendimentos médicos.

A concessão de prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, II, do CPP, exige não só a comprovação de que o agente encontra-se extremamente debilitado por motivo de doença grave, como também a demonstração de impossibilidade de tratamento no estabelecimento penitenciário em que se encontra recolhido, que, conforme fundamentação acima, não restou comprovada na presente impetração. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. DOENÇA GRAVE. PRISÃO DOMICILIAR. TRATAMENTO DE SAÚDE DENTRO DAS NECESSIDADES DO APENADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. *A jurisprudência tem admitido a concessão da prisão domiciliar, em situações excepcioníssimas, como no caso de portadores de doença grave, desde que comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que se encontra o paciente. In casu*, foi demonstrada a possibilidade pelo juízo *a quo* de tratamento médico do paciente no estabelecimento prisional concomitantemente com o cárcere. 2. Ordem denegada. (grifei)

(STJ. HC 201500298930. Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. DJe 21/05/2015).

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. SÚMULA 115/STJ. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE EXTENSÃO DA ORDEM CONCEDIDA À CORRÊ. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. PRISÃO DOMICILIAR. EXTREMA DEBILIDADE DO AGENTE E IMPOSSIBILIDADE DE TRATAMENTO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL NÃO COMPROVADAS. [...] *Não comprovadas a extrema debilidade do agente e a impossibilidade de tratamento no estabelecimento prisional, inviável a colocação do recorrente em prisão domiciliar*. 6. Recurso em *habeas corpus* não conhecido. (grifei)

(STJ. RHC 201402727841. Rel. Ministro Sebastião Reis Junior. Sexta Turma. DJe 07/04/2015).

[...] Não é possível conceder, em sede de *habeas corpus*, o benefício da prisão domiciliar quando não demonstrado, de plano, que o recluso é portador de doença grave e que há impossibilidade de se prestar a devida assistência médica no estabelecimento penal em que se encontra recolhido. Isso porque o STJ assentou entendimento de que se trata de medida excepcional, que deve ser demonstrada de plano, mediante a apresentação de documentos e laudos médicos, comprovando que o tratamento de saúde prestado no estabelecimento prisional é ineficiente e inadequado. No caso, como a excepcionalidade não foi devidamente comprovada, e o Tribunal *a quo* asseverou que o regime fechado não obsta que o paciente tenha o devido acompanhamento psicológico no sistema penitenciário, haja vista as regras mínimas estabelecidas pela Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Desse modo, tendo em vista a possibilidade de o paciente receber o tratamento psicológico no estabelecimento prisional no qual se encontra recluso, não há que se cogitar da concessão de regime aberto. (grifei)

(STJ. HC 201200081527. Rel. Laurita Vaz. Quinta Turma. REPDJE DATA:13/05/2014 DJE DATA:10/10/2013).

Ressalte-se que o paciente sofreu traumatismo craniano no ano de 2008, no entanto, essa condição não lhe impediu de se envolver, ao menos em tese, na prática dos delitos que lhe são imputados na denúncia ofertada nos autos originários.

Não vislumbro, pois, constrangimento ilegal decorrente do indeferimento do pedido de prisão domiciliar.

No mais, o impetrante insurge-se contra a decretação da prisão preventiva. Alega que não elementos concretos que indiquem a necessidade da medida extrema; que não há indícios suficientes de autoria em relação ao paciente; que a decretação da custódia cautelar não foi suficientemente motivada; que não há risco à ordem pública, à aplicação da lei penal e à instrução criminal e, por fim, que o paciente possui condições pessoais favoráveis, possibilitando a aplicação de medidas cautelares alternativas, previstas no artigo 319 do CPP.

Observe que o presente *habeas corpus* encontra-se deficientemente instruído, uma vez que o impetrante sequer trouxe aos autos a decisão que decretou a prisão preventiva (limitando-se a transcrever pequeno trecho), o que dificulta a exata compreensão dos fatos e o exame do alegado constrangimento ilegal.

Assim, com base nos elementos trazidos aos autos, não verifico a presença dos requisitos necessários à concessão da ordem.

Conforme consta da inicial deste *writ*, o paciente teria sido identificado como um dos supostos integrantes de uma organização voltada para a prática de tráfico internacional de drogas (fl. 21), e os diálogos interceptados indicaram a participação de Geder em “*tratativas envolvendo o carregamento e a distribuição da droga a outros traficantes, cumprindo determinações de seu genitor*” (fl. 16). Assim, segundo a autoridade impetrada, a prisão preventiva revela-se necessária para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

Não houve, pelo impetrante, a apresentação de qualquer documento capaz de justificar a revogação da custódia cautelar. Assim, não há que se falar em flagrante ilegalidade a ser sanada, ao menos nesta via de cognição sumária, na medida em que persistem os motivos que autorizaram a decretação da prisão preventiva.

Bem assim, o pedido de reconsideração trazido às fls. 81/84 em nada altera tal entendimento, não restando comprovado que, atualmente, o paciente encontra-se em grave estado de enfermidade não tratado.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

“HABEAS CORPUS”
0013091-79.2016.4.03.0000
(2016.03.00.013091-0)

Impetrante: JOSÉ GERALDO VIANNA JUNIOR
Paciente: FABIO APARECIDO SOUZA FERREIRA
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DO TRABALHO DE ITAPECERICA DA SERRA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: HC 67968
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2016

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. CONSTRIÇÃO IMPOSTA POR JUÍZO TRABALHISTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. É manifestamente nulo decreto de prisão emitido por Juiz do Trabalho em se tratando, em tese, de crime de desobediência à ordem judicial, porquanto afeto à jurisdição criminal federal, não possuindo a Justiça trabalhista competência para decidir a questão, senão comunicar o fato às autoridades federais competentes, para a eventual instauração do procedimento adequado, haja vista o interesse federal verificado no fato de a desobediência vincular-se a decisão de Juiz Federal do Trabalho, portanto, de interesse da União.
2. Ordem concedida.

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, conceder a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de setembro de 2016.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por José Geraldo Vianna Junior, em favor de *Fabio Aparecido Souza Ferreira*, para obstar a prisão do paciente e expedir salvo conduto ao paciente para impedir se cumpra determinação de prisão determinada pelo Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Itapeçerica da Serra/SP nos Autos da Ação Trabalhista nº 211/2015 (fl. 8).

O impetrante alega, em síntese, que (fls. 2/8):

a) o paciente desempenha suas atividades profissionais no Banco Bradesco S/A, atualmente lotado na agência denominada Itapeçerica da Serra/SP, com o cargo de gerente admi-

nistrativo, sendo que uma de suas atribuições consiste em receber ofícios pelos quais autoridades públicas lhe solicitam informações a respeito de clientes e mecanismos da Instituição Financeira;

b) conforme as normas internas de referida instituição, referidos ofícios, desde que originários do Poder Judiciário, devem ser endereçados a seu Departamento Jurídico, órgão competente para serem tomadas as atitudes necessárias a seu cumprimento;

c) em 11 de novembro de 2015 foi recebido Ofício originado da 2ª Vara Trabalhista de Itapequerica da Serra/SP, o qual foi respondido em 19 de novembro de 2015; passados três meses, referida agência bancária recepcionou ofício em reiteração, que foi respondido em 19 de abril pp, e, na sequência, outros dois ofícios foram remetidos à agência bancária em 13 de maio e 03 de junho deste ano, ambos respondidos em 27.06.2016;

d) independentemente do pronto atendimento a referidos ofícios, o Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Itapequerica da Serra/SP, designou audiência para 13.07.16 às 15h10m, e advertiu a possibilidade de haver a expedição de mandado de prisão contra *Fabio Aparecido Souza Ferreira*, gerente da agência do Banco Bradesco em Itapequerica da Serra/SP;

e) referida ordem de prisão reveste-se de natureza penal e, por tal razão, tem-se a incompetência da Justiça Trabalhista para sua prática;

f) faz-se necessária a concessão da medida liminar com a expedição de contramandado de prisão, tendo em vista a iminência da prisão do paciente.

Foram juntados aos autos documentos (fls. 9/280) e um apenso.

O pedido liminar foi deferido (fls. 282/283).

A autoridade coatora prestou informações (fl. 288/289V.).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 291/292v.).

É o relatório.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Objetiva o impetrante assegurar ao paciente não ser constrangido em razão de eventual crime de desobediência que lhe foi imputado nos autos da ação trabalhista nº 211/2015, em trâmite no Juízo do Trabalho da 2ª Vara Trabalhista de Itapequerica da Serra/SP.

Sustenta o impetrante, em síntese, a ausência de competência da Justiça do Trabalho para exercer jurisdição na seara criminal, além de inexistir provas concretas da prática do artigo 330 do Código Penal (desobediência).

Encontra-se caracterizado o alegado constrangimento ilegal.

A Justiça do Trabalho não detém competência criminal, razão pela qual os juízes federais investidos na jurisdição trabalhista não podem praticar atos próprios da jurisdição criminal.

Ao terem conhecimento de qualquer fato ou ato ilícito, com repercussão na seara criminal, devem proceder às comunicações pertinentes aos órgãos que atuam na persecução penal, notadamente o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, sem prejuízo de imediata ordem de prisão em flagrante, nos casos em que cabível tal medida.

Com efeito, não possuindo a Justiça Trabalhista jurisdição criminal, o Juízo do Trabalho só pode decretar prisão em caso de flagrante delito ocorrido em sua presença; para dar efetividade a seus julgados, incumbe-lhe requisitar providências das autoridades competentes, para que instaurem eventual procedimento penal para que reste apurado eventual ilícito praticado em decorrência de eventual desobediência às suas determinações.

É manifestamente nulo decreto de prisão emitido por Juiz do Trabalho em se tratando, em tese, de crime de desobediência à ordem judicial, porquanto afeto à jurisdição criminal federal, não possuindo a Justiça trabalhista competência para decidir a questão, senão comunicar o fato às autoridades federais competentes, para a eventual instauração do procedimento adequado, haja vista o interesse federal verificado no fato de a desobediência vincular-se a decisão de Juiz Federal do Trabalho, portanto, de interesse da União.

Nesse particular, observo que, ainda que os Ofícios expedidos pela Justiça Trabalhista à Agência do Banco Bradesco em Itapeverica da Serra/SP tenham sido respondidos no prazo legal, Sua Excelência, entendendo serem eles insuficientes, determinou sua complementação, fazendo constar às fls. 229/230 do processo Trabalhista nº 211/2015 que *por todo o exposto, em face da recalcitrância do Banco Bradesco e do seu gerente, não resta outra alternativa a este Juízo que não determinar a imediata expedição de mandado de prisão em face do Sr. Fabio Aparecido Souza Ferreira, gerente a agência do Banco Bradesco em Itapeverica da Serra/SP, bem com a expedição de ofícios, com cópias de todas as folhas acima citadas, para a Polícia Federal, Polícia Judiciária do Estado de São Paulo e Ministério Público do Estado de São Paulo, para que instaurem os procedimentos de natureza criminal em face do referido gerente* (cfr. fl. 253).

Com efeito, tenho por patente a ilegalidade da determinação para expedição de mandado de prisão em face do paciente pelos motivos elencados por Sua Excelência.

A autoridade impetrada, de fato, extrapolou os limites de sua competência ao indicar que haveria expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente pela suposta prática do delito previsto no artigo 330 do Código Penal, sem adotar as cautelas inerentes à prática de atos próprios da jurisdição penal.

Tendo em vista não se tratar de flagrante delito, a decisão que ordenou a prisão do paciente, com expedição do respectivo mandado de prisão (fls. 252/253), mostra-se precipitada e arbitrária, caracterizando, *de per se*, o alegado constrangimento ilegal.

Ademais, a pena máxima prevista pelo crime mencionado por Sua Excelência não ultrapassa 04 (quatro) anos, circunstância que não autoriza a segregação cautelar do paciente, nos termos do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Por estes fundamentos, *concedo a ordem de habeas corpus*.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

“HABEAS CORPUS”

0014268-78.2016.4.03.0000

(2016.03.00.014268-7)

Impetrante: KASSIO COSTA DO NASCIMENTO SILVA

Paciente: ALEX MURILO GUIMARÃES (réu preso)

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: HC 68169

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/10/2016

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. CONTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Com o julgamento *Habeas Corpus* nº 126.292 pelo E. Supremo Tribunal Federal restou assentado que a condenação em segundo grau de jurisdição pode ser executada de imediato, não havendo necessidade de se aguardar o julgamento dos recursos interpostos aos Tribunais Superiores.

2. Assim é porque os recursos especial e extraordinário se limitam à discussão de questões de direito que englobam de forma geral, a unificação interpretativa do ordenamento infraconstitucional e a contrariedade a preceito constitucional, respectivamente, não sendo dotados de efeito suspensivo. Dessa forma, mesmo que tais recursos ainda não tenham sido julgados, pode se dar início à execução da sentença penal condenatória, sem que se configure violação ao princípio constitucional insculpido no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal.

3. Na espécie, observa-se do relatório, que o paciente foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, no regime inicial fechado. O decreto condenatório foi confirmado por esta Corte que alterou o regime de cumprimento da pena para o aberto e substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito. Os recursos aos Tribunais Superiores interpostos pela defesa foram inadmitidos, encontrando-se pendentes de julgamento os agravos opostos das decisões de não admissão de referidas impugnações.

4. Desse modo, nos termos da orientação firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal, não há óbice à execução provisória da pena imposta ao paciente neste momento processual. Veja-se, inclusive, que o art. 637 do Código de Processo Penal prevê textualmente que o recurso extraordinário não possui eficácia suspensiva.

5. Ausência de violação pelo *decisum* impugnado aos princípios inércia da jurisdição, ampla defesa, contraditório, isonomia processual e imparcialidade do juiz, assim como a alegada incompetência do Juízo para prolação da citada decisão, uma vez que as determinações de vista dos autos ao Ministério Público Federal, após o recebimento do processo na instância de origem, e de expedição de guias de execução provisória ao Juízo das Execuções Penais, além de se destinarem ao regular prosseguimento do feito, se encontram fundamentadas no julgado proferido pela Suprema Corte no HC nº 126.292, não abrangendo as hipóteses elencadas no art. 66 da Lei de Execuções Penais, não havendo que se exigir qualquer fundamentação adicional quanto à ne-

cessidade da execução provisória, que se procede por força da lei e da imposição da condenação criminal sem que haja recursos com efeitos suspensivos.

6. Inexiste na decisão impetrada qualquer ordem de recolhimento do paciente à prisão, até porque a pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória foi substituída, pelo julgado deste Tribunal, por restritivas de direitos, as quais são executadas mediante expedição de guia de recolhimento e execução penal que configura a peça inicial do processo de execução da pena.

7. O Juízo impetrado nada mais fez do que cumprir seu dever ao dar início à execução da pena aplicada ao paciente, não se vislumbrando em tal ato o apontado constrangimento ilegal a ser cessado pela via do *habeas corpus*.

8. Ordem denegada.

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, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de outubro de 2016.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEX MURILLO GUIMARÃES, contra ato praticado pelo Juízo da 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP, que, com fulcro na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 126292, acolheu manifestação do Ministério Público e determinou a expedição de Guia de Recolhimento de Execução Penal Provisória a uma das Varas de Execuções Penais daquela Subseção, para imediato cumprimento das penas fixadas no acórdão prolatado nos autos da ação penal nº 0001122-87.2013.403.6106.

Consta dos autos que o paciente (Alex) e Walison Oliveira Nascimento foram denunciados pela prática dos delitos previstos no art. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal e, nos arts. 33, *caput* e 35 c.c. 40, inc. I, todos da Lei nº 11.343/06, porque se encontravam na posse de 2.500 comprimidos de “ecstasy”, e, 04 cartelas dos medicamentos “Pramil” e “Desobesi-M”, localizados com Walison (fls. 22/25).

O Juízo singular rejeitou a denúncia em relação ao denunciado Walison, por considerar atípica a conduta a ele imputada (infração ao art. 273 do CP) (fls. 26/27), recebendo-a quanto ao denunciado Alex (fls. 34/35).

Encerrada a instrução criminal, sobreveio sentença que julgou procedente em parte a ação penal, para absolver Alex em relação ao crime do art. 35 da Lei nº 11.343/2006, condenando-o, contudo, pela prática do delito previsto nos arts. 33 c.c. 40, incs. I e V, do mesmo diploma legal (tráfico internacional de entorpecente), à pena definitiva em de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 208 (duzentos e oito) dias-multa, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade (fls. 46/54).

Em face da sentença o paciente interpôs recurso de apelação (fls. 83/95) e impetrou o *Habeas Corpus* nº 2013.03.00.019648-8, com pedido de liminar, apontando a existência de constrangimento ilegal na determinação de recorrer preso (fls. 60/69). Distribuído o *writ* à relatoria do E. Des. Fed. Antonio Cedenho, então integrante desta Segunda Turma, este indeferiu a liminar pretendida (fls. 78/80), sendo que, ao julgar a impetração, este Colegiado concedeu a ordem pleiteada a fim de que o paciente recorresse em liberdade (fls. 106/112).

No julgamento do apelo do ora paciente na ação penal originária, esta Turma deu-lhe parcial provimento para fixar o regime inicial aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade, substituindo-a por duas restritivas de direitos e, de ofício, alterou a capitulação jurídica dos fatos para o tipo penal do art. 273, § 1º-B, do Código Penal (fls. 116/131). Opostos embargos de declaração, estes foram desacolhidos pelo acórdão de fls. 144/151. Na sequência o paciente ofertou recursos especial e extraordinário, inadmitidos pelas decisões de fls. 199/210 e 211/213, sobrevivendo a interposição dos agravos de fls. 217/234 e 248.

Transitado em julgado, para a Acusação, o acórdão que manteve a condenação do paciente (fls. 242), os autos foram remetidos ao Juízo de origem (fls. 251/252), requerendo o Ministério Público Federal a execução provisória da pena aplicada ao paciente (fls. 254/257), o que foi deferido pela decisão impugnada nesta impetração (fls. 261/262).

Em suas razões, o impetrante requer a suspensão da expedição da guia de execução provisória, até o julgamento final do *writ* por este Tribunal, sustentando faltar competência ao Juízo impetrado para praticar quaisquer atos no âmbito daquele feito, ante a pendência de julgamento de recursos especial e extraordinário por ele interpostos, daí decorrendo que não houve o trânsito em julgado da condenação.

Aduz a existência de violação aos princípios da inércia da jurisdição, ampla defesa, contraditório, isonomia processual e imparcialidade, pois o Juízo *a quo*, sem provocação, deu vista dos autos à Acusação que pleiteou a execução provisória da pena. Alegou ainda que houve usurpação de competência desta Corte, que proferiu decisão restituindo a liberdade ao paciente, e também do Juízo da Execução Penal, este sim competente para determinar o início do cumprimento da pena, após o trânsito em julgado do decreto condenatório. Aponta, por fim, afronta ao princípio da não culpabilidade e aos arts. 283 e 312 do Código de Processo Penal, por falta de fundamentação quanto à necessidade de execução provisória da pena e, também, aos arts. 105 e 147 da Lei de Execuções Penais, cuja inconstitucionalidade não reconheceu (fls. 02/20).

A liminar foi indeferida (fls. 266/268).

Manifestando-se, a Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem (fls. 272/278).

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Consoante relatado a impetração objetiva essencialmente o sobrestamento da execução provisória da pena imposta ao paciente nos autos da ação penal nº 0001122-87.2013.403.6106, ao fundamento da incorrência do trânsito em julgado da condenação para a defesa, ante a

pendência de julgamento de recursos especial e extraordinário.

Sem razão, entretanto, o impetrante.

Ora, como sabido, com o julgamento *Habeas Corpus* nº 126.292 pelo E. Supremo Tribunal Federal restou assentado que a condenação em segundo grau de jurisdição pode ser executada de imediato, não havendo necessidade de se aguardar o julgamento dos recursos interpostos aos Tribunais Superiores.

Assim é porque os recursos especial e extraordinário se limitam à discussão de questões de direito que englobam de forma geral, a unificação interpretativa do ordenamento infraconstitucional e a contrariedade a preceito constitucional, respectivamente, não sendo dotados de efeito suspensivo. Dessa forma, mesmo que tais recursos ainda não tenham sido julgados, pode-se dar início à execução da sentença penal condenatória, sem configurar tal hipótese violação ao princípio constitucional insculpido no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal.

Veja-se, a propósito, a ementa do julgado exarado pelo E. STF, no referido *writ*:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. 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.

2. *Habeas corpus* denegado.

(HC n 126.292-SP, Pleno, Relator Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, maioria)

Na espécie, observa-se do relatório, que o paciente foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, no regime inicial fechado. O decreto condenatório foi confirmado por esta Corte que alterou o regime de cumprimento da pena para o aberto e substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito. Os recursos aos Tribunais Superiores interpostos pela defesa foram inadmitidos, encontrando-se pendentes de julgamento os agravos opostos das decisões de não admissão de referidas impugnações.

Desse modo, nos termos da orientação firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal, não há óbice à execução provisória da pena imposta ao paciente neste momento processual. Veja-se, inclusive, que o art. 637 do Código de Processo Penal prevê textualmente que o recurso extraordinário não possui eficácia suspensiva.

Quanto a tais aspectos, o Ministério Público Federal se manifestou pela ausência de qualquer ilegalidade na decisão impetrada, assinalando que:

(...)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC nº 126.292/SP, relatado pelo Exmo. Ministro Teori Zavascki, decidiu que o postulado constitucional da presunção de inocência não impede a execução provisória de acórdão condenatório proferido em sede de apelação criminal, ainda que sujeito a recurso especial e/ou extraordinário.

Na ocasião, destacou-se que se presume a inocência do réu até que a sentença penal condenatória seja confirmada em segundo grau de jurisdição. Contudo, após este momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade previsto no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, uma vez que os recursos de natureza extraordinária não se prestam ao reexame de fatos e provas, conforme enunciam a Súmula nº 297/STF e Súmula 7/STJ.

No julgamento, o Exmo. Ministro Relator se reportou ao HC nº 85.886/RJ de relatoria da Exma. Ministra Ellen Gracie, no qual consignou-se que “em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte” (HC 85886, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 06/09/2005, Dj 28-10-2005 PP-00061 EMENT VOL-02211-02 PP-00217 LEXSTF v. 27, n.324, 2005, p.454-461).

Ademais, destaca-se que a ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial foi recentemente confirmada pelo legislador ordinário no novel art. 1.029, § 5º, do Código de Processo Civil vigente, que prevê apenas a possibilidade excepcional de suspensão do feito mediante requerimento da parte recorrente. Neste aspecto, observa-se que, ao julgar o HC nº 126.292/SP, o Pretório Excelso pronunciou que não há inconstitucionalidade na previsão legal de ausência de efeito suspensivo nos apelos excepcionais.

Desse modo, se há condenação mantida em sede de apelação, ante a ausência de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária, afasta-se a configuração de constrangimento ilegal, uma vez que é admitida a execução provisória da pena. (...). (destaques no original)

Nesse sentido, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIOLÊNCIA SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. É válida a custódia cautelar decretada com o fim de assegurar a ordem pública, dada a periculosidade concreta do agente, evidenciada no modus operandi do crime (Precedentes).

4. *Ademais, conforme decisão do Plenário da Suprema Corte, no julgamento do HC n. 126.292/SP, esgotadas as instâncias ordinárias, fica autorizado o recolhimento do réu para o início do cumprimento da pena reclusiva, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, mesmo que pendente o trânsito em julgado da condenação.*

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(STJ, HC nº 278349, Quinta turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 19/05/2016, unânime, DJE 27/05/2016) (destaquei)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente condenada, em primeiro grau, pela prática dos delitos previstos nos arts. 334, *caput*, e 273, § 1º-B, I, do Código Penal, c.c. artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, em concurso formal. Apelo provido nesta Corte - absolvição em face da aplicação do princípio da insignificância.

2. Interposição de Recurso Especial pelo MPF. Recurso provido no STJ por decisão monocrática. Restabelecimento da condenação da paciente nas sanções do art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal. Agravo regimental interposto pela defesa aguarda julgamento. Ausência de efeito sus-

pensivo.

3. Autos digitalizados e devolvidos à origem. Pedido de execução provisória da pena, formulado pelo MPF, acolhido e determinada a expedição de mandado de prisão.

4. Questão da execução provisória apreciada em consonância com posicionamento adotado pela Corte Suprema. Decisão que restaurou a condenação reflete a posição consolidada no Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria.

5. Decisão que determinou a prisão da paciente devidamente fundamentada. Rito definido pelo Supremo Tribunal Federal para execução provisória da pena. Constrangimento ilegal inexistente.

6. Ordem denegada.

(TRF3, HC nº 2016.03.00.008847-4/SP, Quinta Turma, Relator Des. Fed. Paulo Fontes, j. em 31/05/2016, unânime, D.E. 21/06/2016)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS AGRAVOS INTERPOSTOS CONTRA AS DECISÕES DE INADMISSÃO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Após o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, pelo Supremo Tribunal Federal, ficou autorizado o imediato cumprimento da pena imposta em segundo grau. Isso porque, eventuais recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal restringem-se à análise de questões de direito e não são dotados de eficácia suspensiva do julgado, nos termos da regra disposta no art. 637 do CPP.

2. Encontrando-se pendente apenas o julgamento dos agravos interpostos contra as decisões que inadmitiram os recursos especial e extraordinário, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, sem ofensa ao princípio constitucional inserto no art. 5º, LVII, da CF/88.

3. No caso em apreço, conforme sentença de fls. 177/185, o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 2(dois) anos de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito. A sentença condenatória foi confirmada por esta Corte, tendo os recursos especial e extraordinário interpostos contra o acórdão sido inadmitidos.

4. Ademais, segundo informações prestadas pelo Juízo *a quo*, não foi determinada a expedição de “ordem de prisão nos autos em referência já que a pena imposta na sentença e mantida pelo TRF foi de apenas 2 anos de detenção, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, de modo que não há que se falar, no contexto atual, em expedição de prisão em virtude da referida condenação.”

5. Ordem denegada.

(TRF1, HC nº 0011605-16.2016.4.01.0000, Quarta Turma, Relator Juiz Fed. Conv. Henrique Gouveia da Cunha, j. 26/07/2016, unânime, e-DJF1 04/08/2016)

De igual modo, não assiste razão ao impetrante quando sustenta que o *decisum* impugnado violou os princípios por ele invocados - inércia da jurisdição, ampla defesa, contraditório, isonomia processual e imparcialidade do juiz, assim como a alegada incompetência do Juízo para prolação da citada decisão, uma vez que, conforme destacado na decisão liminar, as determinações de vista dos autos ao Ministério Público Federal, após o recebimento do processo na instância de origem, assim como a de expedição de guias de execução provisória ao Juízo das Execuções Penais, além de se destinarem ao regular prosseguimento do feito, se encontram fundamentadas no julgado proferido pela Suprema Corte no HC nº 126.292, não abrangendo as hipóteses elencadas no art. 66 da Lei de Execuções Penais, não havendo que se exigir qualquer fundamentação adicional quanto à necessidade da execução provisória, que se procede por força da lei e da imposição da condenação criminal sem que haja recursos com efeitos suspensivos.

Observo que não é possível invocar dispositivos da LEP no sentido de exigir-se o trânsito em julgado para execução provisória das penas, posto que a decisão da Suprema corte baseou-se em interpretação da Constituição Federal quanto ao princípio da presunção de inocência, o que torna superada a legislação anterior eventualmente em sentido contrário.

Além disso, inexistente na decisão impetrada qualquer ordem de recolhimento do paciente à prisão, até porque a pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória foi substituída pelo Julgado deste Tribunal por duas restritivas de direitos, as quais são executadas mediante expedição de guia de recolhimento e execução penal que configura a peça inicial do processo de execução da pena.

Nessa esteira verifica-se que o Juízo impetrado nada mais fez do que cumprir seu dever ao dar início à execução da pena aplicada ao paciente, não se vislumbrando em tal ato o apontado constrangimento ilegal a ser cessado pela via do *habeas corpus*.

A anterior decisão desta Corte no HC nº 2013.03.00.019648-8 não importa em ilegalidade da ordem aqui impugnada, posto que a ordem ali concedida foi apenas para recurso da sentença em liberdade, enquanto a decisão ora impugnada se funda na condenação em 2ª instância e na nova orientação do C. STF a respeito da possibilidade de execução provisória das condenações de segunda instância.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É o voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0056448-12.1997.4.03.6100

(2009.03.99.001535-0)

Apelantes: VAN MOORSEL ANDRADE E CIA. LTDA. E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: ApelReex 1388865

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2016

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO IMPOSTO IMPORTAÇÃO. LEI 3.244/1957. ENQUADRAMENTO MÁQUINA IMPORTADA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UF IMPROVIDAS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

- O art. 373, II, do NCPC (antigo art. 333, II, do Código de Processo Civil de 1973), dispõe que o ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. *In casu*, foi facultado à União Federal a produção de provas, todavia, quedou-se inerte (fl. 55). Também não apresentou em sua defesa qualquer documento que comprovasse o não enquadramento do bem importado pela autora.

- A Lei nº 3.244/1957 prevê a isenção ou redução do imposto de importação, quando não houver produção nacional de matéria-prima e de qualquer produto de base, ou a produção nacional desses bens for insuficiente para atender ao consumo interno, mediante concessão de caráter geral em relação a cada espécie de produto.

- Ressalte-se que o Imposto de Importação tem como característica a extrafiscalidade, ou seja, o produto da sua arrecadação não se destina, precipuamente, ao custeio da máquina pública. Por isso a Constituição Federal lhe reservou outra função, a de servir de regulador nas atividades de comércio exterior prestando-se, principalmente, para proteger a indústria nacional.

- A Portaria 279/96 concedeu o ex tarifário, ou seja, conferiu ao importador o direito de aplicar a *alíquota de 0% (zero por cento) a título de Imposto Importação às dobradoras de folhas planas, com três ou mais estações, velocidade igual ou superior a 25.000 folhas/hora, com formato igual ou superior a 500 x 840mm.*

- No caso concreto, consta da leitura do documento elaborado pelo Fisco - fls. 23-verso dos Autos da Medida Cautelar, o óbice à liberação do maquinário advém da velocidade obtida mediante fórmula utilizada pelo Ass. Técnico da Receita Federal - 20.769 folhas/horas.

- Anote-se, por oportuno, que a redação do item na Portaria é realmente defeituosa. Tanto que, após a edição da nova Portaria (nº 266, de 09.10.97), substitutiva da anterior (a de nº 279/96), sobreveio correção a seu texto e ali consta que o item 8443.60.10 "Ex" 001 - *Dobradora para folhas planas, com três ou mais estações e formato igual ou superior a 500 x 840mm.*

- *In casu*, parece-nos estar evidente que o enquadramento da máquina importada pela recorrida no item por ela pleiteado não se deveu a emprego de analogia, a afron-

tar o art. 111 do CTN, mas sim ao que podemos definir como esclarecimento da própria natureza da máquina.

- No tocante à restituição dos valores despendidos com armazenagem, aqui incluídos a taxa de armazenagem, os custos de seguro, movimentação mecânica e taxas administrativas, entendo que não pode a autora arcar com gastos decorrentes da indevida resistência por parte do Fisco, visto que não deu causa à medida administrativa, além da ausência de razoabilidade entre a conduta da autora e a penalidade imposta pelo fisco.

- Com o trânsito em julgado, libere-se a garantia oferecida pela apelante nos autos da Ação Cautelar em apenso, consubstanciada no depósito de fl. 28.

- Sucumbência da União Federal. Considerando o trabalho desenvolvido, a natureza da ação, o tempo de tramitação do feito e o valor atribuído à ação, fixo os honorários advocatícios em R\$ 3.000,00, devidamente atualizado.

- Remessa oficial e apelação da União Federal improvida.

- Apelação da autora provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal e dar provimento à apelação da autora para reconhecer o direito à restituição dos valores dispendidos com armazenagem, e fixar os honorários advocatícios em 10% do valor atribuído à causa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de agosto de 2016.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Cuida-se de remessa oficial e apelações interpostas por Van Moorsel Andrade e Cia Ltda. e pela União Federal em face da r. sentença de fls. 84/87 que julgou parcialmente o pedido para calcular o Imposto de Importação da dobradora de papel importada, à alíquota de 0% (zero por cento), previsto na Portaria nº 279/96, do Ministério da Fazenda. O juízo *a quo* entendeu pela improcedência no tocante ao pedido de restituição das despesas com armazenagem. Aplicada a sucumbência recíproca.

Em suas razões de apelo, a autora sustenta ter direito à restituição dos valores despendidos com a armazenagem do bem importado, o que inclui, além do valor da armazenagem, propriamente dita, os custos de seguro, movimentação mecânica e taxas administrativas. Pleiteia a reforma do julgado neste ponto, bem como a condenação da União nas verbas de sucumbência.

Já a União, em suas razões, aduz que da simples leitura da configuração da máquina não é possível afastar um laudo oficial, bem como o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do direito alegado. Ressalta que o laudo técnico (fls. 28), descaracterizou a mercadoria no “EX”. Pleiteia também a reforma do julgado, com a condenação da autora nas verbas sucumbenciais.

Contrarrazões a fls. 100/101 e 107/108.

É o Relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

O art. 373, II, do NCPC (antigo art. 333, II, do Código de Processo Civil de 1973), dispõe que o ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

In casu, foi facultado à União Federal a produção de provas neste sentido. Todavia, quedou-se inerte (fl. 55). Também não apresentou em sua defesa qualquer documento que comprovasse o não enquadramento do bem importado pela autora.

Anoto que a Lei nº 3.244/1957 prevê a isenção ou redução do imposto de importação, quando não houver produção nacional de matéria-prima e de qualquer produto de base, ou a produção nacional desses bens for insuficiente para atender ao consumo interno, mediante concessão de caráter geral em relação a cada espécie de produto.

Ressalto que o Imposto de Importação tem como característica a extrafiscalidade, ou seja, o produto da sua arrecadação não se destina, precipuamente, ao custeio da máquina pública. Por isso a Constituição Federal lhe reservou outra função, a de servir de regulador nas atividades de comércio exterior prestando-se, principalmente, para proteger a indústria nacional.

Nesse sentido, o art. 153, inciso I, § 1º da Carta Magna faculta ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar a alíquota do imposto de importação, com efeitos imediatos, ou seja, sem a exigência de que seja respeitado o princípio da anterioridade geral ou nonagesimal.

Constata-se a importância que tem o imposto de importação para a economia nacional na medida em que a União, fazendo uso do poder de administrar a alíquota do imposto de importação, calibra o resultado do balanço de pagamentos, protege e fomenta a indústria nacional etc.

Dessa forma, adveio a Portaria 279/96 que concedeu o ex tarifário, ou seja, conferiu ao importador o direito de aplicar *a alíquota de 0% (zero por cento) a título de Imposto Importação às dobradoras de folhas planas, com três ou mais estações, velocidade igual ou superior a 25.000 folhas/hora, com formato igual ou superior a 500 x 840mm.*

O equipamento importado pela autora consta da Licença de Importação 97/0457569-9, nos seguintes termos (fls. 23):

01 Dobradora para folhas planas modelo STAHL T-52 (3.) PROLINE, com 3 estações velocidade de 25.000 folhas/h, formado de 520x840mm.

Conforme consta da leitura do documento elaborado pelo Fisco - fls. 23-verso dos Autos da Medida Cautelar, o óbice à liberação do maquinário advém da velocidade obtida mediante fórmula utilizada pelo Ass. Técnico da Receita Federal - 20.769 folhas/horas.

O equipamento importado é capaz de desenvolver três modos de funcionamento, os

quais se relacionam a três velocidades diferentes, sendo utilizada, para o cálculo supracitado a velocidade nominal. Entretanto, caso necessário, o equipamento poderá atuar em outras velocidades, podendo inclusive atingir o patamar de 50.000 folhas por hora (fl. 30 dos Autos da Medida Cautelar).

No caso concreto, não houve mudança de modelo do produto, mas tão somente de potência, o que traduz apenas e tão somente a evolução tecnológica do produto importado.

Anoto, por oportuno, que a redação do item na Portaria é realmente defeituosa. Tanto que, após a edição da nova Portaria (nº 266, de 09.10.97), substitutiva da anterior (a de nº 279/96), sobreveio correção a seu texto e ali consta que o item 8443.60.10 “*Ex*” 001 - *Dobradura para folhas planas, com três ou mais estações e formato igual ou superior a 500 x 840mm*.

Como se vê, a diferente redação pode induzir o intérprete num ou noutro sentido.

Por derradeiro, parece-nos estar evidente que o enquadramento da máquina importada pela recorrida no item por ela pleiteado não se deveu a emprego de analogia, a afrontar o art. 111 do CTN, mas sim ao que podemos definir como esclarecimento da própria natureza da máquina.

No tocante à restituição dos valores despendidos com armazenagem, aqui incluídos a taxa de armazenagem, os custos de seguro, movimentação mecânica e taxas administrativas, entendo que não pode a autora arcar com gastos decorrentes da indevida resistência por parte do Fisco, visto que não deu causa à medida administrativa, além da ausência de razoabilidade entre a conduta da autora e a penalidade imposta pelo fisco.

Logo, há que ser restituído o valor despendido pela autora nos moldes em que pleiteado na inicial.

Com o trânsito em julgado, libere-se a garantia oferecida pela apelante nos autos da Ação Cautelar em apenso, consubstanciada no depósito de fl. 28.

Condeno a União em honorários advocatícios. Tendo em vista a total procedência da ação deve a verba honorária deve ser fixada com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973.

No caso concreto, considerando o trabalho desenvolvido, a natureza da ação, o tempo de tramitação do feito e o valor atribuído à ação, fixo os honorários advocatícios em R\$ 3.000,00, devidamente atualizado.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal e dou provimento à apelação da autora para reconhecer o direito à restituição dos valores dispendidos com armazenagem, e fixar os honorários advocatícios em 10% do valor atribuído à causa.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0011378-37.2009.4.03.6104
(2009.61.04.011378-8)

Apelante: KONIG DO BRASIL CARGA INTERNACIONAL LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: AMS 328381
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2016

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - AFRMM - ADICIONAL DE FRETE PARA A RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE - SUJEIÇÃO PASSIVA DA EMPRESA CONSIGNATÁRIA - LEI FEDERAL Nº 10.206/2011 - INADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA PRODUÇÃO DE PROVAS - SEGURANÇA DENEGADA.

1. O Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM destina-se a suprir os encargos da União nas atividades de apoio ao desenvolvimento da Marinha Mercante e Indústria Naval.
2. A Lei Federal nº 10.893/2004, no artigo 10, § 1º atribui ao consignatário da carga a sujeição passiva do AFRMM, sendo o proprietário da carga solidariamente responsável pelo pagamento do tributo.
3. A impetrante alega não ter participado da importação. No entanto, foi indicada como consignatária da mercadoria no Brasil.
4. O mandado de segurança não é adequado para a discussão, a respeito da validade, ou não, da documentação que atribuiu à impetrante a qualidade de consignatária da carga.
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de mandado de segurança impetrado para declarar a ilegalidade da cobrança do AFRMM - Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante.

A impetrante sustenta não reconhecer ou ter participado da operação de importação geradora do tributo.

A r. sentença denegou a segurança.

Nas razões de apelação, a impetrante reitera o pedido inicial, sustentando não ser consignatária da carga.

As contrarrazões foram apresentadas.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

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

O Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM destina-se a suprir os encargos da União, nas atividades de apoio ao desenvolvimento da Marinha Mercante e Indústria Naval.

É contribuição de intervenção no domínio econômico, nos termos do artigo 149, da Constituição Federal (STF, Tribunal Pleno, RE nº 177137/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 24.05.1995, DJ 18.04.1997, p. 13788). Rel. Min. Carlos Velloso, j. 24.05.1995, DJ 18.04.1997, p. 13788).

A Lei Federal nº 10.893/2004:

Art. 10. O contribuinte do AFRMM é o consignatário constante do conhecimento de embarque.
§ 1º. O proprietário da carga transportada é solidariamente responsável pelo pagamento do AFRMM, nos termos do art. 124, inciso II, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

§ 2º. Nos casos em que não houver obrigação de emissão do conhecimento de embarque, o contribuinte será o proprietário da carga transportada.

A apelante alega não ter participado da importação, nem possuir nenhum vínculo com a carga.

No entanto, foi indicada como *consignatária* da mercadoria no Brasil (fls. 21/22) e, como tal, é *solidariamente* responsável pelo pagamento do tributo, nos termos da legislação.

As informações (fls. 79):

(...)

Em assim sendo, com base nas informações constantes do Sistema MERCANTE, esta unidade procedeu à cobrança do AFRMM não pago por aquele que consta como consignatário da mercadoria então transportada, quem seja, a empresa impetrante.

Se a empresa foi indevidamente indicada, pela empresa responsável pelo transporte, no Sistema Mercante, como consignatária da carga então importada, esse é fato alheio a este órgão, devendo esse erro ou falsa declaração ser verificada na esfera particular das partes. A empresa impetrante, tendo constado como consignatária da carga é contribuinte do AFRMM, devendo efetuar o pagamento do tributo cabendo, se o caso, entrar com pedido de ressarcimento ou indenização em face daquele que provocou a indevida inclusão de seu CNPJ como consignatário da mercadoria.

(...)

O ato administrativo é legítimo.

No mais, o mandado de segurança não é adequado para a discussão, a respeito da validade, ou não, da documentação que atribuiu à impetrante a qualidade de consignatária da carga.

No mesmo sentido, o julgado desta Corte:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CPC. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. AFRMM - ADICIONAL DE FRETE PARA A RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE. SUJEIÇÃO PASSIVA DA EMPRESA CONSIGNATÁRIA. LEI Nº 10.206/2011. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A decisão agravada foi prolatada a teor do disposto no artigo 557, § 1º do Código de Processo Civil, bem como em conformidade com a legislação aplicável à espécie e amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores. 2. *Nos termos do disposto no artigo 10, caput e § 1º da Lei nº 10.893/2004, que dispõe sobre o Adicional de Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM, são contribuintes do tributo o consignatário da carga indicado no conhecimento de embarque, atribuindo responsabilidade solidária pelo pagamento do adicional ao proprietário da carga transportada. In casu, observa-se que a parte autora trouxe aos autos documentação comprobatória de que, no que se refere ao débito correspondente ao AFRMM referente ao conhecimento de embarque nº EISU 141100051433 (fls. 209), consta expressamente como consignatária da carga a empresa COMEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., que deve ser considerada como sujeito passivo da exação, haja vista que o fato gerador ocorreu após 23/03/2011, aplicando-se os termos da Lei nº 10.206/2011, conforme bem lançado na r. sentença. Contudo, houve a inscrição do débito fiscal referente ao AFRMM por parte do Serviço de Arrecadação. Desta forma, comprovada a consignatária da carga no caso do procedimento administrativo em tela, isenta encontra-se a parte autora, agente de navegação marítima, do pagamento do adicional que ora se discute. 3. O agravante não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma do decisum, limitando-se à mera reiteração do quanto já expedido nos autos, sendo certo que não aduziu qualquer argumento apto a modificar o entendimento esposado na decisão ora agravada. 4. Agravo desprovido.* (AC 00048305920104036104, JUIZ CONVOCADO CARLOS DELGADO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/03/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO - o destaque não é original).

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0048357-84.2011.4.03.6182
(2011.61.82.048357-5)

Apelante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Sucedida: REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A - RFFSA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Classe do Processo: AC 2127032

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2016

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DA CDA. INOCORRÊNCIA. IPTU. TAXAS. IMÓVEL DA EXTINTA RFFSA. SUCESSÃO PELA UNIÃO. IMUNIDADE RECÍPROCA. APLICABILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF.

1. Apelação interposta pela Prefeitura Municipal de São Paulo/SP em sede de Embargos à Execução Fiscal promovidos pela União Federal, sucessora da extinta RFFSA, intentando a PMSP cobrar tributos incidentes sobre imóvel da extinta Rede Ferroviária.
2. Aplicável à hipótese o instituto da imunidade tributária recíproca, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal no RE 943.885, de 17.02.2016.
3. O fato de a empresa haver operado em regime de concessão pressupõe sua equiparação a empresas públicas prestadoras de serviço público em regime de monopólio, ensejando a aplicação da imunidade. Precedente do STF.
4. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sequência do julgamento, por maioria, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal Marcelo Saraiva (Relator), com quem votaram o Desembargador Federal André Nabarrete e, convocados na forma dos artigos 53 E 260, §1º do RITRF3, a Juíza Federal Convocada Giselle França e o Desembargador Federal Johonson Di Salvo. Vencida a Juíza Federal Convocada Leila Paiva Morisson (convocada na forma do art. 53 do RITRF3), que dava provimento ao apelo. Fará declaração de voto a Juíza Federal Convocada Leila Paiva Morisson.

São Paulo, 20 de julho de 2016.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de Apelação em Execução Fiscal, interposta pela Prefeitura Municipal de São Paulo/SP - PMSP, contra sentença (fls. 104 a 108) que julgou extinto o processo, nos termos dos art. 269, I, do Código de Processo Civil, haja vista a incidência da imunidade tributária recíproca sobre os bens da extinta RFFSA, sucedida pela União. Honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Em razões de Apelação (fls. 179 a 225), a PMSP sustenta ser legítima a cobrança do imposto em questão, uma vez que não se aplica a imunidade recíproca em razão de débito gerado em data anterior à Medida Provisória 353, de 22.01.2007, posteriormente convertida na Lei 11.483/07, não constituindo anteriormente bem público.

A União apresentou contrarrazões (fls. 231 a 267), reiterando a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca, afastando-se a incidência do IPTU sobre bens de patrimônio da União ainda que o fato gerador seja anterior à sucessão.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

A Prefeitura Municipal de São Paulo/SP - PMSP requer o pagamento, pela extinta RFFSA - sucedida pela União, de IPTU incidente sobre bem imóvel referente aos anos de 2000 a 2006 (fls. 8 a 14).

Saliento haver entendimento anterior de não caber à União responder pelos débitos provenientes de bens da extinta Rede Ferroviária Federal S/A, em decorrência da aplicação da imunidade tributária recíproca.

Posteriormente o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, em sede de Recurso Extraordinário 599.176/PR, com repercussão geral reconhecida, não caber aplicação da imunidade de modo retroativo em relação a débitos tributários oriundos de bens da extinta Rede Ferroviária Federal quando o fato gerador tenha ocorrido antes da sucessão, que se deu em 22.01.2007.

Porém, em julgamento monocrático proferido em 17.02.2016, o relator do RE 943.885, Min. Celso de Mello, entendeu aplicar-se a imunidade tributária às sociedades de economia mista exploradoras de serviços públicos.

Colaciono abaixo excerto da decisão referida:

DECISÃO: O presente recurso extraordinário foi interposto contra decisão que, proferida pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 109):

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. RFFSA. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA PELA UNIÃO. IMUNIDADE RECÍPROCA. NÃO INCIDÊNCIA. TITULARIDADE DO BEM NO MOMENTO DO FATO GERADOR. RE 599.176/PR. JURISPRUDÊNCIA DO STF FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL.

(...)

Na realidade, a RFFSA executava e prestava serviço público mediante outorga da União Federal, a quem foi constitucionalmente deferido o encargo de ‘explorar os serviços de transporte ferroviário’ (CF, art. 21, XII, ‘d’).”

Cabe destacar, neste ponto, o magistério da doutrina (CARLOS SOARES SANT’ANNA, “Imunidade de Empresas Públicas Prestadoras de Serviços Públicos”, “in” “Imunidade Tributária”, obra coletiva, p. 43/54, 2005, MP Editora; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 848/849, item n. 4, 12ª ed., 2005, Lumen Juris; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “A Imunidade Tributária das Empresas Estatais Delegatárias de Serviços Públicos”, p. 38/48, 2004, Malheiros; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 656/657, item n. 17, 21ª ed., 2006, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 640/641, item n. 3.1, 32ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2006, Malheiros), cujas lições acentuam - mesmo tratando-se de empresas governamentais prestadoras de serviços públicos - a estatalidade das atividades por elas exercidas em regime de delegação pertinente a serviços constitucionalmente monopolizados pelo Poder Público (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 803/806, item n. 14, 34ª ed., 2011, Malheiros, v.g.), valendo referir, ante a pertinência de suas observações, o preciso entendimento de REGINA HELENA COSTA (“Imunidades Tributárias - Teoria e Análise da Jurisprudência do STF”, p. 143/144, item n. 2.1.6, 2ª ed., 2006, Malheiros):

“Inicialmente, analisemos a situação da empresa estatal - empresa pública ou sociedade de economia mista - que recebeu a outorga, por meio de lei, da prestação de serviço público cuja competência pertence à pessoa política que a criou.

Tais pessoas detêm personalidade de Direito Privado e compõem a Administração Pública Indireta ou Descentralizada. Têm sua criação autorizada, sempre por lei (art. 37, XIX, da CF), para desempenhar atividade de natureza econômica, a título de intervenção do Estado no domínio econômico (art. 173 da CF) ou como serviço público assumido pelo Estado (art. 175 da CF).

Recebendo tais entes o encargo de prestar serviço público - consoante a noção exposta -, o regime de sua atividade é o de Direito Público, o que inclui, dentre outras prerrogativas, o direito à imunidade fiscal.

(...)

Vê-se, portanto, que a resolução do presente litígio há de resultar do reconhecimento, na espécie, de que a pretensão impositiva do Município, em tema de IPTU (imposto cuja exigibilidade está sendo questionada no caso), sofre as limitações decorrentes da garantia da imunidade tributária recíproca, que traduz uma das projeções concretizadoras do postulado constitucional da Federação.

(...)

Assim definida a questão, cumpre-me observar, desde logo, por relevante, que controvérsias assemelhadas à suscitada no presente recurso extraordinário - que concerniam a empresas governamentais incumbidas, por outorga, de explorar atividades constitucionalmente reservadas a determinada entidade política - já foram dirimidas por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos nos quais se reconheceu, em favor dessas mesmas empresas governamentais delegatárias de serviços públicos, alguns dos quais instituídos em regime constitucional de monopólio, a garantia da imunidade tributária recíproca (RTJ 187/355, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ACO 789/PI, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI - ACO 814/PR, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI - RE 318.185-AgR/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM - RE 357.291-AgR/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO - RE 357.447-AgR/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 407.099/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 501.639-AgR/BA, Rel. Min. EROS GRAU - RE 542.454-AgR/BA, Rel. Min. AYRES BRITTO - RE 598.322-AgR/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

(...)

(RE 943885, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 17/02/2016, publicado em DJe-033 DIVULG 22/02/2016 PUBLIC 23/02/2016)

Desse modo, reconhecida a incidência da imunidade recíproca, torna-se inviável a cobrança de IPTU da União, sucessora da RFFSA.

Face ao exposto, nego provimento à Apelação da Prefeitura do Município de São Paulo/SP, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON:

Com a devida vênia do Eminent Relator e dos Eminent Desembargadores que o seguiram, divirjo do entendimento exarado, conforme passo a declarar.

Cuida-se, *in casu*, de apelação interposta pelo Município de São Paulo, em face da r. sentença que julgou extinto o processo ante o reconhecimento da imunidade tributária recíproca sobre os bens da extinta RFFSA, sucedida pela União, que visava à cobrança de débitos de IPTU referente aos exercícios de 2000 a 2006.

Com efeito, o C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 599.176/PR, com repercussão geral reconhecida, consolidou entendimento no sentido de que “a imunidade tributária recíproca não afasta a responsabilidade tributária por sucessão, na hipótese em que o sujeito passivo era contribuinte regular do tributo devido”, o que se aplica no presente caso, visto que a RFFSA não fazia jus à imunidade tributária. *In verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. INAPLICABILIDADE À RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO. ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO.

A imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão (aplicação “retroativa” da imunidade tributária). Recurso Extraordinário ao qual se dá provimento.

(STF, RE nº 599.176/PR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, v.u., 05.06.2014)

Saliente-se que, conforme a jurisprudência atualizada da Suprema Corte, a imunidade tributária da União não afasta a responsabilidade por débitos anteriores à sucessão “na hipótese em que o sujeito passivo era contribuinte regular do tributo devido”.

Assim, verifica-se que os imóveis da extinta RFFSA foram incorporados ao patrimônio da União Federal, nos termos da Medida Provisória nº 353, de 22.01.2007, convertida em Lei nº 11.483, de 31.05.2007. Desta forma, somente aos impostos constituídos a partir de 22.01.2007, deve-se aplicar a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, da CF.

Desse modo, exigível a cobrança dos débitos de IPTU nos exercícios de 2000 a 2006, como no caso dos autos, tendo em vista que a RFFSA, sociedade de economia mista, portanto, pessoa jurídica de direito privado e sujeita às regras do direito privado, nos termos do artigo 173, § 1º, II, da CF, não fazia jus à imunidade tributária, consoante bem assinalado no excerto

do voto proferido pelo e. Ministro Joaquim Barbosa no RE 599.176/PR, *in verbis*: “Como sociedade de economia mista, constituída sob a forma de sociedade por ações, apta a cobrar pela prestação de seus serviços e a remunerar o capital investido, a RFFSA não fazia jus à imunidade tributária”.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento à apelação do Município de São Paulo, nos termos acima consignados.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0000972-27.2013.4.03.6100

(2013.61.00.000972-2)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: LINX SISTEMAS E CONSULTORIA LTDA.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: AMS 348824

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2016

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. ART 22, INCISO I, DA LEI Nº 8.212/91. ILEGALIDADE DO ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO Nº 42/2011. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE MESMA DESTINAÇÃO E ESPÉCIE. ART. 170-A DO CTN. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ATUALIZAÇÃO. TAXA SELIC.

1. O fato gerador da contribuição previdenciária incidente sobre as verbas pagas a título de 13º salário (gratificação natalina) ocorre apenas no momento em que se dá o pagamento, ou seja, em dezembro de cada ano, a teor do disposto no art. 1º da Lei nº 4.749/651. (STJ, REsp 462986/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2005, DJ 30/05/2005, p. 214).

2. A contribuição social sobre a gratificação natalina referente à competência de 2011 deve ser recolhida com base na Lei nº 12.546/2011, vez que o aludido diploma legal já estava em vigor quando da ocorrência do fato gerador da exação.

3. O Ato Declaratório Interpretativo nº 42/2011 violou o princípio da reserva legal, porquanto estabeleceu critério não previsto pela legislação tributária.

4. Reconhecida a ilegalidade, deve ser efetivada a compensação dos recolhimentos indevidamente realizados com supedâneo no referido Ato Declaratório Interpretativo.

5. O indébito pode ser objeto de compensação com parcelas vencidas posteriormente ao pagamento, relativas a tributo de mesma espécie e destinação constitucional nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91.

6. A Lei Complementar nº 104, de 11/01/2001, introduziu no CTN o art. 170-A, vedando a compensação, mediante aproveitamento, de tributo objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva sentença.

7. O STF, no RE nº 561.908/RS, da relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, em 03/12/2007, e no RE nº 566.621/RS, representativo da controvérsia, ficou decidido que o prazo prescricional de cinco anos se aplica às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005.

8. A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo, até a sua efetiva restituição e/ou compensação. Os créditos deverão ser corrigidos pela Taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250/95, que já inclui os juros, conforme Resolução CJF nº 267/2013.

9. Apelação e remessa oficial parcialmente providos.

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* à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de setembro de 2016.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela União (Fazenda Nacional), em face de sentença que concedeu a segurança para o fim de reconhecer o direito líquido e certo do impetrante a efetuar a compensação dos valores recolhidos a maior, a título de contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário do exercício 2011, com base na Lei 8.212/91, aplicando-se, para o referido exercício, a redução prevista na Lei 12.546/2011. Outrossim, a sentença determinou que a compensação somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado, com quaisquer tributos e contribuições administrados pela RFB, com incidência da SELIC desde o recolhimento indevido.

Em suas razões recursais a União Federal sustenta, em síntese, a legalidade do Ato Declaratório Interpretativo RFB 42/2011. Aduz, ainda, que eventual compensação deverá ocorrer apenas entre tributos e contribuições da mesma espécie, observada a limitação da compensação mensal.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Egrégio Tribunal.

O Ministério Público Federal pugna pelo regular prosseguimento do feito (fls.113/114).

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Da Lei nº 12.546/2011 e do Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 42/2011

A controvérsia cinge-se em saber a forma de incidência de contribuição previdenciária patronal sobre o 13º salário (gratificação natalina), na competência de dezembro de 2011, período em que se encontrava vigente a Lei nº 12.546/2011, a qual instituiu tratamento tributário diferenciado para alguns segmentos da indústria.

Verifica-se que a impetrante submete-se ao pagamento da contribuição previdenciária nos termos do art. 22, incisos I da Lei nº 8.212/91 que assim dispõe:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer tí-

tulo, durante o mês, que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

Ocorre que, em agosto de 2011, foi editada a MP nº 540/2011, que passou a vigorar a partir de 03.08.2011, posteriormente convertida na Lei nº 12.546/2011, a qual em seu artigo 7º dispõe o seguinte:

Art. 7º. Até 31 de dezembro de 2014, a contribuição devida pelas empresas que prestam exclusivamente os serviços de Tecnologia da Informação (TI) e de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), referidos no § 4º do art. 14 da Lei nº 11.774, de 17 de setembro de 2008, incidirá sobre o valor da receita bruta, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, à alíquota de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento).

Assim, referido dispositivo legal alterou a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas nelas discriminadas, entre elas a impetrante, autorizando, inicialmente, o recolhimento da exação à alíquota de 2,5% sobre o valor da receita bruta da empresa, em substituição às contribuições previstas o art. 22, I e III, da Lei 8.212/91 e no art. 195, I da CRFB/88.

Contudo, a Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante Instrução Normativa (IN RFB nº 42/2011), editou Ato Declaratório Interpretativo nº 42/2011, estabelecendo que as empresas beneficiadas pelo art. 7º da Lei 12.546/2011, deveriam pagar 20% (vinte por cento) sobre o valor pago aos segurados a título de 13º salário, excluída tão-somente a parcela correspondente ao mês de dezembro de 2011, equivalente a 1/12 (um doze avos), cuja alíquota aplicada seria de 2,5%, em conformidade com a novel legislação.

Assim, de acordo com a Receita Federal (arts. 1º e 2º da ADI nº 42/2011), o recolhimento da contribuição previdenciária sobre o 13º salário (gratificação natalina) naquela oportunidade deveria ocorrer mês a mês, incidindo nos primeiros 11 meses (11/12) a alíquota de 20% prevista na Lei 8.212/91 e sobrevivendo apenas sobre a parcela referente ao mês de dezembro (1/12), a alíquota de 2,5% sobre a receita bruta, conforme previsto pela Lei 12.546/2011.

Entretanto, malgrado a interpretação da Administração Pública Federal, compartilho do entendimento de que a Ato Declaratório Interpretativo (ADI) nº 42/2011 violou o princípio da reserva legal, porquanto estabeleceu critério não previsto pela legislação tributária. Vale ressaltar que o fato gerador da contribuição previdenciária incidente sobre as verbas pagas a título de 13º salário (gratificação natalina) ocorre apenas no momento em que se dá o pagamento, ou seja, em dezembro de cada ano, a teor do disposto no art. 1º da Lei nº 4.749/65.

Nesse mesmo sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI 9.783/99. FATO GERADOR. PERCEPÇÃO DA REMUNERAÇÃO. GRATIFICAÇÃO NATALINA. MÊS DE DEZEMBRO.

1. O fato gerador da contribuição previdenciária prevista na Lei 9.783/99 é a percepção da remuneração pelo servidor ou pensionista.

2. A regra é aplicável à gratificação natalina, sendo irrelevante, para esse fim, que a aquisição do direito à referida verba dê-se ao longo do ano, a cada mês ou fração superior a 15 dias (Lei 8.112/90, art. 63).
3. Sendo assim, nos moldes do art. 144 do CTN, a tributação da verba deve ser feita em conformidade com a lei vigente no momento do pagamento, que é ordinariamente o mês de dezembro (Lei 8.112/90, art. 64).
4. Recurso especial provido. (STJ, REsp 462986/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2005, DJ 30/05/2005, p. 214)

Portanto, o critério de cálculo e pagamento exigido pela apelante no ADI nº 42/2011 não deve prevalecer, uma vez que estabeleceu critérios não previstos na legislação que regulam o pagamento do 13º salário. Assim, reconheço a sua ilegalidade, devendo ser efetivada a compensação dos recolhimentos indevidamente realizados com supedâneo no referido Ato Declaratório Interpretativo.

Compensação

O indébito pode ser objeto de compensação com parcelas vencidas posteriormente ao pagamento, relativas a tributo de mesma espécie e destinação constitucional, conforme previsto nos arts. 66 da Lei nº 8.383/91, 39 da Lei nº 9.250/95 e 89 da Lei nº 8.212/91.

A compensação nos moldes acima permanece válida mesmo após a criação da Receita Federal do Brasil, pois o parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/2007, exclui o indébito relativo às contribuições sobre a remuneração do regime de compensação do art. 74 da Lei nº 9.430/96. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SÚMULA 83/STJ.

1. Na hipótese em exame, o acórdão recorrido se encontra alinhado ao posicionamento do STJ, de que a compensação só pode ocorrer entre tributos da mesma espécie e destinação, consoante o disposto no art. 66, § 1º, da Lei 8.383/91.
2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1426898/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 18/06/2014)

A nova redação dada ao art. 89 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 11.941/2009 não revogou o disposto no art. 26 da Lei nº 11.457/2007. Apenas estabeleceu que cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil regulamentar as hipóteses de restituição ou compensação das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros. Em momento algum permitiu a aplicação do regime de compensação do art. 74 da Lei nº 9.430/96. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS CUJA COMPETÊNCIA ERA DO INSS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI 11.457/2007. VEDAÇÃO EXPRESSA À APLICAÇÃO DO ART. 74 DA LEI 9.430/96. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O art. 74 da Lei 9.430/96, com as alterações promovidas pela Lei 10.637/02, autoriza a compensação de créditos apurados pelo contribuinte com quaisquer tributos e contribuições “administrados pela Secretaria da Receita Federal”. 3. A Lei 11.457/2007 criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a partir da unifi-

cação dos órgãos de arrecadação federais. Transferiu-se para a nova SRFB a administração das contribuições previdenciárias previstas no art. 11 da Lei 8.212/91, assim como as instituídas a título de substituição. 4. A referida norma, em seu art. 26, consignou expressamente que o art. 74 da Lei 9.430/96 é inaplicável às exações cuja competência para arrecadar tenha sido transferida, ou seja, vedou a compensação entre créditos de tributos que eram administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, até então de responsabilidade do INSS. 5. A intenção do legislador foi, claramente, resguardar as receitas necessárias para o atendimento aos benefícios, que serão creditadas diretamente ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 11.457/2007. 6. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1267060/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 24/10/2011).

Cumpra observar, ainda, que a Lei Complementar nº 104, de 11/01/2001, introduziu no CTN o art. 170-A, vedando a compensação, mediante aproveitamento, de tributo objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva sentença. Confira-se, pois, o entendimento firmado pela Corte Superior, na sistemática do recurso repetitivo:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.167.039/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil (recursos repetitivos), firmou o entendimento segundo o qual o art. 170-A do CTN - que veda a compensação de créditos tributários antes do trânsito em julgado da ação - aplica-se às demandas ajuizadas após 10.1.2001, mesmo na hipótese de tributo declarado inconstitucional. Agravo regimental improvido. (STJ; 2ª Turma; AgRg no REsp 1299470/MT; Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 23/03/2012).

Considerando que a legislação de regência da compensação é a que está em vigor na data em que for efetivado o encontro de contas, conclui-se que os limites anteriormente previstos no § 3º art. 89 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991 (revogado pela Lei 11.941/2009), não são mais aplicáveis, visto que, nos termos deste julgado, a compensação ocorrerá somente a partir do trânsito em julgado.

Outrossim, mister observar a impossibilidade do *mandamus* ter efeito patrimonial pretérito e que o efeito da sentença mandamental se restringe a cunho meramente declaratório de direito a eventual compensação, sujeitando-se a mesma à apuração da administração fazendária, consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, inclusive em recurso representativo de controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. FINSOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. CONVALIDAÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS EFETUADA PELO CONTRIBUINTE UNILATERALMENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos, em conformidade com a Súmula 213 do STJ. (Precedentes das Turmas de Direito Público: AgRg no REsp 1044989/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 25/08/2009; EDcl no REsp 1027591/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 25/06/2009; RMS 13.933/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ 31.08.2007; REsp 579.488/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 23.05.2007; AgRg no

REsp 903.020/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 26.04.2007; e RMS 20.523/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 08.03.2007).

2. Ao revés, é defeso, ao Judiciário, na via estreita do *mandamus*, a convalidação da compensação tributária realizada por iniciativa exclusiva do contribuinte, porquanto necessária a dilação probatória. (Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 1027591/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 21/09/2009; REsp 1040245/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009; AgRg no REsp 725.451/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009; AgRg no REsp 728.686/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008; REsp 900.986/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 15/03/2007; REsp 881.169/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 09/11/2006).

3. A intervenção judicial deve ocorrer para determinar os critérios da compensação objetivada, a respeito dos quais existe controvérsia, v.g. os tributos e contribuições compensáveis entre si, o prazo prescricional, os critérios e períodos da correção monetária, os juros etc; bem como para impedir que o Fisco exija do contribuinte o pagamento das parcelas dos tributos objeto de compensação ou que venha a autuá-lo em razão da compensação realizada de acordo com os critérios autorizados pela ordem judicial, sendo certo que o provimento da ação não implica reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária, no prazo do art. 150, § 4º do CTN.

4. A Administração Pública tem competência para fiscalizar a existência ou não de créditos a ser compensados, o procedimento e os valores a compensar, e a conformidade do procedimento adotado com os termos da legislação pertinente, sendo inadmissível provimento jurisdicional substitutivo da homologação da autoridade administrativa, que atribua eficácia extintiva, desde logo, à compensação efetuada.

5. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1124537/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Da Prescrição

O STF, no RE nº 561.908/RS, da relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, em 03/12/2007, e no RE nº 566.621/RS, representativo da controvérsia, ficou decidido que o prazo prescricional de cinco anos se aplica às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. Nesse sentido reproduzo a ementa do referido precedente do C. Supremo Tribunal Federal:

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de

10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se 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. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (STF, RE 566.621, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, DJE de 11/10/2011, pág. 273)

O STJ então revisou a sua jurisprudência, suscitando questão de ordem em 24/08/2011, na qual decidiu ajustar seus julgamentos aos termos da decisão proferida no STF. Neste sentido, menciono o seguinte precedente:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. 1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. nº 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior. 2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE nº 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005). 3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema com-

petente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar nº 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN. 4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. nº 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, Recurso Especial nº 1.269.570/MG, 1ª Seção, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 23/05/2012, DJE de 04/06/2012).

Em suma, resta consolidado o entendimento de que para as ações ajuizadas anteriormente à vigência da LC 118/05, o prazo prescricional é de dez anos (tese dos cinco + cinco); para as ações ajuizadas posteriormente a entrada em vigor da LC 118/05, a partir de 09/06/2005, o prazo prescricional de cinco anos.

Da atualização dos créditos

A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo, até a sua efetiva restituição e/ou compensação.

Os créditos deverão ser corrigidos pela Taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250/95, que já inclui os juros, conforme Resolução CJF nº 267/2013.

Dispositivo

Pelo exposto, *dou parcial provimento* à apelação fazendária e à remessa oficial, para determinar que eventual compensação, sujeita à apuração da administração fazendária, seja realizada somente com contribuições posteriores de mesma destinação e espécie, observados a prescrição quinquenal, o trânsito em julgado e a atualização dos créditos, nos termos supra-mencionados. No mais, mantenho a sentença recorrida.

Sem honorários, a teor das Súmulas 512/STF e 105/STJ, bem como do disposto no art. 25 da Lei nº 12.016/2009. Custas *ex lege*.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0028289-30.2014.4.03.0000

(2014.03.00.028289-0)

Agravante: RICCO LAMAC RODRIGUES E ALMEIDA ADVOGADOS
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AI 544801
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/09/2016

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PROTESTO. SUSTAÇÃO. QUITAÇÃO PARCIAL DA DÍVIDA.

1. O parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.492/97 foi acrescentado pela Lei 12.767/2012, passando a incluir as certidões de dívida ativa entre os títulos sujeitos a protesto.
2. Referida norma, contudo, ao invés de pacificar a questão referente à possibilidade de levar a protesto a certidão de dívida ativa, acirrou a discussão, o que gerou a interposição da ADI 5.135 no Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento.
3. Foram suscitados os seguintes argumentos na inicial da ADI: i) o dispositivo seria formalmente inválido, porque inserido por emenda em medida provisória (MP nº 577/2012, convertida na Lei nº 12.767/2012) com a qual não guardaria pertinência; ii) não haveria justificativa ética ou jurídica para o manejo do protesto pelo Fisco, já que sua única finalidade seria pressionar o protestado ao pagamento - tratar-se-ia, portanto, de sanção política, meio indireto de execução que contrariaria o devido processo legal; iii) o protesto da certidão de dívida ativa (CDA) seria meio inadequado e desnecessário, afrontando a livre iniciativa e a liberdade profissional (CF/88, arts. 5º, XIII, e 170) e inviabilizando a concessão de créditos necessários à atividade empresarial.
4. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, recentemente alterou o seu entendimento sobre a matéria, tendo em vista a alteração legal, como se vê da ementa do Resp 1.126.515.
5. Nesse prisma, a princípio, tem-se que a persecução do crédito fiscal não deve ser feita única e exclusivamente por meio de execução fiscal. Parece condizente com as inúmeras prerrogativas que o crédito tributário possui permitir que a Fazenda Pública utilize o meio mais eficiente para a satisfação da dívida, dentre eles, o protesto de títulos, que, a meu ver, não constitui sanção política.
6. O fato de que o protesto do título enseja a inserção do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, impedindo eventuais concessões de crédito, constitui mera consequência legalmente prevista, que também pode ocorrer em razão do protesto de títulos cambiais, de modo que este argumento, por si só, não justifica a discriminação em relação ao crédito fiscal. A Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal já decidiu nesse sentido.
7. No caso, a agravante alega que houve pagamento parcial da dívida, tendo ocorrido erro no momento do preenchimento da Guia de Recolhimento, de modo que o protesto é indevido.

8. De fato, pelo que consta das informações trazidas em sede de contraminuta, a Fazenda Pública reconheceu o erro do contribuinte e procedeu à correção do valor devido, sendo certo que ainda resta saldo remanescente a ser quitado. Assim, o protesto não é de todo indevido, já que a dívida não foi integralmente paga.

9. O documento de fl. 105 confirma que apenas o débito referente ao PA 01-07/2007 foi quitado, permanecendo não recolhido os saldos devedores dos PA 01-10/2007 e 01-01/2008. Portanto, é de se concluir que apenas o protesto relativo ao PA 01-07/2007 deve ser susgado, mantendo-se hígidos os demais.

10. Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento parcial ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de setembro de 2016.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Ricco Lamac Rodrigues e Almeida Advogados contra decisão que, em ação cautelar, indeferiu pedido liminar de sustação do protesto da CDA n. 8061103177855.

Sustenta a agravante que nada deve ao Fisco, pois parte do valor consubstanciado no título apresentado para protesto já foi pago, bem como porque o débito encontra-se suspenso por força do inciso III do artigo 151 do Código Tributário Nacional. Afirma que mais de 50% do valor do título já está pago, sendo o valor excessivo.

A liminar foi indeferida.

Com contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

O parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.492/97 foi acrescentado pela Lei 12.767/2012, passando a incluir as certidões de dívida ativa entre os títulos sujeitos a protesto. Confira-se:

Art. 1º. protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012)

Referida norma, contudo, ao invés de pacificar a questão referente à possibilidade de levar a protesto a certidão de dívida ativa, acirrou a discussão, o que gerou a interposição da ADI 5.135 no Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento.

Foram suscitados os seguintes argumentos na inicial da ADI: i) o dispositivo seria formalmente inválido, porque inserido por emenda em medida provisória (MP nº 577/2012, convertida na Lei nº 12.767/2012) com a qual não guardaria pertinência; ii) não haveria justificativa ética ou jurídica para o manejo do protesto pelo Fisco, já que sua única finalidade seria pressionar o protestado ao pagamento - tratar-se-ia, portanto, de sanção política, meio indireto de execução que contrariaria o devido processo legal; iii) o protesto da certidão de dívida ativa (CDA) seria meio inadequado e desnecessário, afrontando a livre iniciativa e a liberdade profissional (CF/88, arts. 5º, XIII, e 170) e inviabilizando a concessão de créditos necessários à atividade empresarial.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, recentemente alterou o seu entendimento sobre a matéria, tendo em vista a alteração legal, como se vê da ementa do Resp 1.126.515:

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O “II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACES-SÍVEL, ÁGIL E EFETIVO”. SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980. 2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas “entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas”. 3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão. 4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiari-formes para abranger todos e quaisquer “títulos ou documentos de dívida”. Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais. 5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado. 6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública. 7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e da imparcialidade. 8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito. 9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial. 10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o “Auto de Lançamento”, esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo. 11. A inscrição em dívida ativa,

de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.).

12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve “surpresa” ou “abuso de poder” na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio.

13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto.

14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”, definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a “revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo”. 15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares. 16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação - naturalmente adaptada às peculiaridades existentes - de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços). 17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ. ..EMEN:

STJ, Segunda Turma, Herman Benjamin, 16/12/2013.

Nesse prisma, entendo, a princípio, que a persecução do crédito fiscal não deve ser feita única e exclusivamente por meio de execução fiscal.

Parece-me condizente com as inúmeras prerrogativas que o crédito tributário possui permitir que a Fazenda Pública utilize o meio mais eficiente para a satisfação da dívida, dentre eles, o protesto de títulos, que, a meu ver, não constitui sanção política.

O fato de que o protesto do título enseja a inserção do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, impedindo eventuais concessões de crédito, constitui mera consequência legalmente prevista, que também pode ocorrer em razão do protesto de títulos cambiais, de modo que este argumento, por si só, não justifica a discriminação em relação ao crédito fiscal.

A Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal já decidiu nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CDA. PROTESTO. CABIMENTO. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça, sedimentada com base no *caput* do artigo 1º da Lei 9.492/97 (“protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.”), não admitia protesto extrajudicial de certidão de dívida ativa, seja por desnecessidade, diante da presunção de certeza e liquidez, ou por ausência de previ-

são legal (v.g. AGRESP 1277348, AGA 1316190, AGRESP 1120673). 2. Todavia, com a inclusão do parágrafo único ao artigo 1º da Lei 9.492/97, pela Lei 12.767, de 27/12/2012 (“Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.”), a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, recentemente, alterou sua jurisprudência, conforme julgamento do REsp 1.126.515, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16/12/2013. 3. Nem se alegue vício insanável na Lei 12.767/2012, pois eventual descumprimento de normas relativas à elaboração e alteração de leis não acarreta, dentro do que dispõe na LC 95/1998, efeito de nulidade. O processo legislativo constitucionalmente estabelecido não autoriza concluir pela nulidade da medida provisória editada e da respectiva lei de conversão. Também o devido processo legal, enquanto garantia constitucional, não pode impedir que a certidão de dívida ativa seja equiparada a outros títulos de créditos para efeito de protesto, pois a preferência do crédito tributário, prevista em lei, é incompatível com a ideia de menos prerrogativa e afinada com o conceito de meios especiais e mais amplos de proteção do direito material. A previsão de protesto de certidão de dívida ativa, como alterativa para melhor resguardo do direito de crédito, não acarreta sanção política ou meio de coação indireta para a cobrança de tributo, vedada em súmulas de jurisprudência da Suprema Corte (70, 323 e 547), até porque, como já dito, créditos privados já se utilizam de tal procedimento. A Lei 6.830/1980, que trata da execução judicial da certidão de dívida ativa, não absorve nem exclui, seja a necessidade, seja a utilidade do protesto como forma de dar maior publicidade - que o mero vencimento da dívida não gera -, à existência do crédito público e da mora do devedor, reforçando a eficácia da inscrição do crédito em dívida ativa e do ajuizamento da execução fiscal. A possibilidade de que prescrição e outros vícios possam existir cria a oportunidade de defesa contra o ato, mas não deve servir de impedimento à iniciativa do protesto, arcando o credor com os efeitos de eventual irregularidade no exercício do direito. Por fim, a função do protesto não é arrecadar tributos, pois para tanto existem meios próprios e tal solução, como alternativa, não se propõe a excluir o processo legal de execução, nem o de fiscalização ou constituição do crédito tributário, para que se possa invocar a tese de reserva da matéria à disciplina de lei complementar. 4. Cabe afastar a arguição de incidente de uniformização de jurisprudência, pois não suficientemente demonstrada a divergência jurisprudencial perante esta Corte, considerando que a agravante se limitou a colacionar tão-somente um precedente em sentido contrário proferido no âmbito da 6ª Turma. 5. Agravo inominado desprovido.

AI 00169711620154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, 03/09/2015.

No caso, a agravante alega que houve pagamento parcial da dívida, tendo ocorrido erro no momento do preenchimento da Guia de Recolhimento, de modo que o protesto é indevido.

De fato, pelo que consta das informações trazidas em sede de contraminuta, a Fazenda Pública reconheceu o erro do contribuinte e procedeu à correção do valor devido, sendo certo que ainda resta saldo remanescente a ser quitado.

Assim, o protesto não é de todo indevido, já que a dívida não foi integralmente paga.

O documento de fl. 105 confirma que apenas o débito referente ao PA 01-07/2007 foi quitado, permanecendo não recolhido os saldos devedores dos PA 01-10/2007 e 01-01/2008.

Portanto, é de se concluir que apenas o protesto relativo ao PA 01-07/2007 deve ser susinado, mantendo-se hígidos os demais.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo para que seja susinado o protesto relativo ao PA 01-07/2007.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0002816-54.2015.4.03.6128

(2015.61.28.002816-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: VLADIC CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JUNDIAÍ - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AMS 364023

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2016

EMENTA

TRIBUTÁRIO. INDENIZAÇÃO POR EXTINÇÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. LEI 4.886/65, ALTERADA PELA LEI 8.420/92. CARÁTER DE DANO EMREGENTE. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA, CSLL, PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. RESTRIÇÃO PREVISTA NO ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 11.457/07.

1. Trata-se de contrato de representação comercial celebrado entre duas pessoas jurídicas cujo rompimento, ocorrido unilateralmente, ensejou o pagamento de vantagem pecuniária (indenização e aviso prévio), conforme previsto na Lei 4.886/65, alterada pela Lei 8.420/92.

2. Tais verbas representam indenização por dano patrimonial, isentas ao pagamento de IR nos termos do art. 70, § 5º, da Lei nº 9.430/96. Precedentes jurisprudenciais do C. STJ.

3. Tendo em vista que os valores em questão não podem ser classificados como lucro, diante da natureza indenizatória de dano emergente, afigura-se ilegítima, igualmente, a cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

4. Assim também, a receita tributável para a incidência de PIS e COFINS deve incorporar positivamente o patrimônio da empresa, sendo certo que o valor recebido a título de indenização por dano emergente, não se enquadra no conceito jurídico de faturamento ou receita bruta. Precedentes.

5. Impetrado o *mandamus* após as alterações introduzidas pela Lei nº 10.637/02 e 11.457/07, os valores indevidamente retidos podem ser compensados com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, exceto com as contribuições sociais de natureza previdenciária, previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único da Lei 8.212/90, observando-se o disposto no art. 170-A do CTN.

6. Remessa necessária parcialmente provida e Apelação improvida.

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

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação em mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado com o objetivo de afastar a incidência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS sobre valores de indenização pela extinção do contrato de representação comercial da impetrante, bem como para reconhecer o seu direito à compensação dos valores vencidos e vincendos, recolhidos indevidamente a esse título, com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, corrigidos nos termos da lei.

O pedido de liminar foi indeferido, em 26/05/2015, tendo sido negado seguimento ao Agravo de Instrumento nº 0014161-68.2015.4.3.0000/SP interposto contra esta decisão.

O r. Juízo *a quo* concedeu a segurança para declarar a ilegalidade da exigência do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS sobre os valores recebidos a título de indenização, em razão da rescisão de contrato de representação comercial, autorizando a compensação tributária dos valores retidos indevidamente a título destes débitos próprios vencidos ou vincendos. Sem condenação em honorários. A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Apelou a União Federal, requerendo a reforma do julgado, sustentando ser devida a incidência tributária sobre verbas as indenizatórias, decorrentes da extinção do contrato de representação comercial. Alega que os valores recebidos não configuram reparação por quaisquer danos, mas sim a quebra da expectativa de sua manutenção, tratando-se, portanto de acréscimo patrimonial.

Com contrarrazões, requerendo a manutenção do r. julgado, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal entendeu pela ausência de interesse público a ensejar a sua intervenção no feito.

Dispensada a revisão, nos termos do artigo 33, inciso VIII, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

O presente mandado de segurança foi impetrado com o objetivo de afastar a incidência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS incidente sobre valores de indenização pela extinção do contrato de representação comercial da impetrante, bem como para reconhecer o seu direito à compensação dos valores vencidos e vincendos recolhidos a esse título, com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, corrigidos nos termos da lei.

A Lei nº 4.886/65, alterada pela Lei nº 8.420/92, regulamenta a atividade dos Representantes Comerciais e estabelece que: *exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis,*

agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios (art. 1º).

O mesmo diploma legal estipula os elementos que devem obrigatoriamente constar do contrato de representação comercial, entre outros a previsão de pagamento de indenização ao representante nos casos em que a rescisão do contrato ocorrer sem justo motivo (art. 27, letra j), bem como o pagamento de aviso prévio quando houver denúncia, de qualquer das partes do contrato, sem causa justificada (art. 34).

No caso em exame, trata-se de contrato de representação comercial celebrado entre duas pessoas jurídicas e o seu rompimento, tendo ocorrido unilateralmente, ensejou o pagamento de vantagem pecuniária (indenização e aviso prévio), conforme previsto na legislação correspondente.

Tais verbas percebidas representam indenização por dano patrimonial, isentas ao pagamento de IR nos termos da Lei nº 9.430/96 que prevê, em seu art. 70, § 5º, *in verbis*:

Art. 70. A multa ou qualquer outra vantagem paga ou creditada por pessoa jurídica, ainda que a título de indenização, a beneficiária pessoa física ou jurídica, inclusive isenta, em virtude de rescisão de contrato, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento.

(...)

§ 5º *O disposto neste artigo não se aplica às indenizações pagas ou creditadas em conformidade com a legislação trabalhista e àquelas destinadas a reparar danos patrimoniais.* (Grifei)

A respeito da matéria, trago à colação os seguintes precedentes jurisprudenciais do E. STJ, bem como desta C. Sexta Turma:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS PAGAS A TÍTULO DE RESCISÃO EM CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. ARTS. 27, “J”, E 34, DA LEI Nº 4.886/65. ISENÇÃO. DANOS PATRIMONIAIS. ART. 70, §5º, DA LEI Nº 9.430/96.

1. *Por diversos precedentes este STJ já firmou o seu entendimento no sentido de que não incide imposto de renda sobre as verbas pagas a título de rescisão em contrato de representação comercial.*

Transcrevo: AgRg no REsp 1452479 / SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 04.09.2014; AgRg no AREsp 146301/ MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19.03.2013; AgRg no AREsp 68235 / DF, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18.09.2012; REsp 1.133.101/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 13/09/2011.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp nº 1.462.797/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 07/10/2014, DJe 15/10/2014) (Grifei)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS PAGAS A TÍTULO DE RESCISÃO EM CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. ARTS. 27, “J”, E 34, DA LEI Nº 4.886/65. ISENÇÃO. DANOS PATRIMONIAIS. ART. 70, §5º, DA LEI Nº 9.430/96.

1. Cuida-se na origem de mandado de segurança impetrado com objetivo de obstar o desconto de imposto de renda retido na fonte sobre indenização recebida a título de rescisão do contrato de representação comercial previsto na Lei nº 4.886/1965, com as modificações inseridas pela Lei nº 8.420/1992 e pelo novo Código Civil.

2. A Corte de origem dirimiu a controvérsia com base na previsão normativa contida no art.

70, e parágrafos, da Lei nº 9.430/96, que exclui da incidência do IRRF apenas as indenizações decorrentes da legislação trabalhista ou aquelas destinadas a reparar danos patrimoniais.

3. *“As verbas recebidas por pessoa jurídica em razão de rescisão contratual antecipada têm natureza indenizatória por se revestirem da natureza de dano emergente, em face da assunção pela pessoa jurídica contratada de custos assumidos em razão da prestação a que se obrigara”* (REsp 1.118.782/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.9.2009, DJe 25.9.2009.) 4. À luz do quadro fático constante do acórdão recorrido - que ora não se revisa ou modifica -, *conclui-se que não incide o imposto sobre a renda com fundamento no art. 70, § 5º, da Lei nº 9.430/96, uma vez que este enunciado estipula a exclusão da base de cálculo do imposto das quantias devidas a título de reparação patrimonial, como na espécie prevista no art. 27, j, da Lei nº 4.886/65.*

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp nº 1.452.479/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, j. 04/09/2014, DJe 15/09/2014) (Grifei)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 557, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA SOBRE VERBAS RECEBIDAS EM DECORRÊNCIA DE RESCISÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. NÃO INCIDÊNCIA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 70 DA LEI 9.430/96 E 111 DO CTN. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

SÚMULA 211/STJ.

1. Nos termos do artigo 557 do CPC, o relator está autorizado a, monocraticamente, negar seguimento ao recurso originariamente de competência do colegiado, desde que seja manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, a qual é representada por precedentes emanados de seus órgãos colegiados.

2. *No caso concreto, há precedente de órgão colegiado desta Corte que respalda a orientação da decisão agravada, no sentido da não incidência do Imposto de Renda sobre as verbas recebidas em decorrência de rescisão de contrato de representação comercial.*

Confira-se: AgRg no AREsp 68.235/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/09/2012.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp nº 146.301/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, j. 19/03/2013, DJe 25/03/2013) (Grifei)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DO ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TRIBUTAÇÃO. VERBAS RECEBIDAS EM DECORRÊNCIA DE RESCISÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. CARÁTER INDENIZATÓRIO. NÃO INCIDÊNCIA DE TRIBUTOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1 *A verba recebida em decorrência de rescisão de contrato de representação possui natureza de dano emergente, não podendo considerá-la como acréscimo patrimonial, conforme consigna atual jurisprudência.* Precedente STJ.

2. Não se tratando de acréscimo patrimonial, não se deve falar na incidência de tributação. Precedente STJ

3. Agravo não provido.

(TRF3, AMS nº 0001530-56.2014.4.03.6102, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, SEXTA TURMA, j. 16/04/2015, e-DJF3 30/04/2015) (Grifei)

Do mesmo modo, tendo em vista que os valores em questão não podem ser classificados como lucro, diante da natureza indenizatória de dano emergente, afigura-se ilegítima a co-

brança da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Assim também, a receita tributável para incidência de PIS e COFINS deve incorporar positivamente o patrimônio da empresa, sendo certo que o valor recebido a título de indenização por dano emergente, não se enquadra no conceito jurídico de faturamento ou receita bruta.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes jurisprudenciais:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DESAPROPRIAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA. CSLL. PIS E COFINS.

1. O decisum ora agravado merece ser mantido, porque analisou a questão em debate à luz do entendimento manifesto na doutrina e na jurisprudência, eis que, com relação à alegada ilegitimidade passiva, não se pode impor ao contribuinte o conhecimento de toda a complexa estrutura administrativa da Receita Federal, ao ponto de que seja possível ele apontar com tamanha precisão o agente a quem deve dirigir a impetração, e por outro lado, a referida autoridade integra a mesma pessoa jurídica contra a qual se insurge o impetrante, sendo neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou o órgão tido como coator é o sujeito passivo do mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para recorrer da decisão que defere a ordem”.

2.Com relação ao mérito, também uníssona a jurisprudência no sentido de que a indenização decorrente de desapropriação não gera qualquer ganho de capital, na medida em que a propriedade é transferida ao poder público por valor justo e determinado pela justiça a título de indenização, não ensejando lucro, mas mera reposição do valor do bem expropriado.

3.Agravo interno não provido.

(TRF-2, AG na AC 2010.51.01.000092-9, Terceira Turma Especializada, Relatora Des. Federal Salete Macaló, j. 26/04/2011; DJ 23/05/2011)

TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. INDENIZAÇÃO. IRPJ, CSLL, PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA.

Tendo a indenização por objetivo repor um direito patrimonial antes detido pela empresa, deixando o conjunto do patrimônio em um status quo igual ao anterior, torna-se infensa à incidência do imposto de renda, da CSLL, do PIS e da COFINS.

(TRF-4, AC 2007.00.00001853-0. Segunda Turma, relatora Des. Federal Luciane Amaral Correa Munch, j. 20/10/2009, DJ 18/11/2009)

No mais, conforme entendimento pacificado pelo STJ, o contribuinte pode optar por receber seus créditos, declarados por decisão judicial, via compensação ou via precatório/requisição de pequeno valor, pois constituem as modalidades executivas postas à disposição da parte que obteve a declaração do indébito (AGResp. 916275, 1ª Turma, Min. Rel. Luiz Fux, j. 22/06/10, DJE 03/08/10).

Ainda de acordo com o entendimento do C.STJ, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (EREsp 488.992/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; EREsp nº 1018533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

Nesse aspecto, o instituto da compensação tributária está previsto no art. 170, do CTN, o qual determina ser necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa se valer de referido instituto.

Foi editada, então, a Lei nº 8.383/91, que permitia compensar tributos indevidamente recolhidos com parcelas vincendas de tributos da mesma espécie (art. 66) e, posteriormente,

a Lei nº 9.250, de 26/12/95, veio estabelecer a exigência de mesma destinação constitucional.

Com o advento da Lei nº 9.430/96, o legislador possibilitou ao contribuinte que, através de requerimento administrativo, fosse-lhe autorizado, pela Secretaria da Receita Federal, compensar seus créditos com quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Somente com a edição da Lei nº 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente de requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos, conforme disposto no art. 34, da Instrução Normativa nº 900/08, da RFB.

Por sua vez, a Lei nº 11.457/07 criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a partir da unificação dos órgãos de arrecadação federais, transferindo-lhe a administração das contribuições previdenciárias previstas no art. 11 da Lei 8.212/91, assim como as instituídas a título de substituição.

No entanto, referida norma, em seu art. 26, consignou expressamente que o art. 74 da Lei 9.430/96 é inaplicável às exações cuja competência para arrecadar tenha sido transferida, ou seja, vedou a compensação entre créditos de tributos que eram administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, até então de responsabilidade do INSS, nos seguintes termos:

Art.26. O valor correspondente à compensação de débitos relativos às contribuições de que trata o art. 2º desta Lei será repassado ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social no máximo 2 (dois) dias úteis após a data em que ela for promovida de ofício ou em que for deferido o respectivo requerimento.

Parágrafo único. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2º desta Lei.

...

Art. 2º Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição.

§ 1º. O produto da arrecadação das contribuições especificadas no *caput* deste artigo e acréscimos legais incidentes serão destinados, em caráter exclusivo, ao pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social e creditados diretamente ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social, de que trata o art. 68 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

§ 2º. Nos termos do art. 58 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a Secretaria da Receita Federal do Brasil prestará contas anualmente ao Conselho Nacional de Previdência Social dos resultados da arrecadação das contribuições sociais destinadas ao financiamento do Regime Geral de Previdência Social e das compensações a elas referentes.

§ 3º. As obrigações previstas na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, relativas às contribuições sociais de que trata o *caput* deste artigo serão cumpridas perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 4º. Fica extinta a Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social.

A intenção do legislador foi, claramente, resguardar as receitas necessárias para o atendimento aos benefícios, que serão creditadas diretamente ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 11.457/07.

Nesse sentido, trago à colação julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI Nº 11.457/07.

1. Entendimento desta Corte no sentido da impossibilidade de compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (art. 11 da Lei nº 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei nº 11.457/07. Precedentes: REsp 1277941/PB, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 16.11.2011; AgRg no REsp 1267060/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 24.10.2011.

2. Recurso especial não provido.

(STJ, 2ª Turma, Min. Rel. Mauro Campbell, REsp 1.289.260/RS, DJe 02.02.2012)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 26 DA LEI Nº 11.457/2007.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida.

2. A Lei nº 11.457/07 criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, transferindo-lhe a competência para arrecadar as contribuições previstas na Lei nº 8.212/91.

3. A compensação entre créditos tributários administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária é vedada, ante a expressa disposição de lei disposta no art. 26 da Lei nº 11.457/07. Recurso especial improvido.

(STJ, 2ª Turma, Min. Rel. Humberto Martins, REsp 1.259.029/SC, DJe 01.09.2011)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. APELAÇÃO. IPI E PIS/COFINS. LEI 11.457/07. ARTIGO 26, PARÁGRAFO ÚNICO. VEDAÇÃO À APLICAÇÃO DO ARTIGO 74 DA LEI 9.430/96 ÀS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Caso em que o exame analítico da causa conduziu à aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil, diante da jurisprudência pacífica em torno da atribuição exclusiva do legislador para definir as regras de compensação tributária (artigo 170, CTN), não tendo o contribuinte direito absoluto e irrestrito de compensar, conforme seu interesse ou conveniência, de que possa resultar, em caso de norma restritiva, inconstitucionalidade (artigos 170, 150, IV, 37, CF; e súmulas 70, 323 e 547/STF) ou ilegalidade (artigos 150, 156, 168 e 170, CTN). 2. O pagamento indevido gera direito à repetição, porém o direito à compensação apenas pode ser exercido com previsão legal e nos termos do que estipular a lei, não havendo garantia no Código Tributário Nacional ou na Carta Federal, de que o contribuinte possa, por seu exclusivo critério, compensar o que quiser da forma como lhe convier. 3. No caso concreto, o parágrafo único do artigo 26 da Lei 11.457/07 dispôs que o regime de compensação do artigo 74 da Lei 9.430/96 não se aplica às “contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição” (artigo 2º da Lei 11.457/07). 4. Note-se que a legislação fez apenas prevalecer o alcance originário da Lei 9.430/96, cuja aplicação, desde sua vigência, não atingia contribuições arrecadadas pelo INSS. Tal preceito foi necessário em virtude da unificação, no campo administrativo, junto à SRF, das funções antes atribuídas ao INSS, o que significou concentração das atividades de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento, mas sem afetar ou desnaturar as características próprias das contribuições, de que trata a Lei 8.212/91, que sempre

estiveram sujeitas à disciplina legal específica, inclusive em termos de compensação, como revelam, por exemplo, as Leis 9.032/95 e 9.129/92, declaradas válidas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 5. Nunca houve, pois, direito de compensar como agora quer que seja o contribuinte, não tendo o legislador permitido a unificação administrativa para fins de unificação dos regimes legais diferenciados de compensação. Não viola a isonomia a fixação de regras especiais à compensação de ofício (artigo 7º, § 2º, do Decreto-lei 2.287/86, com a redação da Lei 11.196, de 2005), que difere, em substância, da declaração de compensação, feita pelo próprio contribuinte, sujeita à homologação fiscal, extinguindo o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação (artigo 74 da Lei 9.430/96). 6. Tampouco a restrição acarreta ofensa ao princípio da moralidade administrativa (artigo 37, CF), pois, se admitida, seria imoral qualquer condição ou limitação fixada pelo legislador no exercício de sua competência para instituir e disciplinar a compensação fiscal, presumindo como preexistente, absoluto e impassível de restrição o direito de compensar, antes e independentemente da lei, o que, por evidente, configura premissa falsa e equivocada à luz do ordenamento jurídico, como demonstrado. 7. Precedentes: agravo nominado desprovido. (TRF3, 3ª Turma, Des. Fed. Rel. Carlos Muta, AMS 321589, DJe 08.04.2011)

No caso vertente, o mandado de segurança foi impetrado após as alterações introduzidas pela Lei nº 10.637/02 e 11.457/07, portanto os valores indevidamente retidos podem ser compensados com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, exceto com as contribuições sociais de natureza previdenciária, previstas nas alíneas *a*, *b* e *c*, do parágrafo único da Lei 8.212/90, observando-se o disposto no art. 170-A do CTN.

Deixo anotado que a compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco.

Cito, a propósito, a atual posição do STJ:

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. ART. 49, DA MP Nº 66, DE 29/08/2002 (CONVERSÃO NA LEI Nº 10.637, DE 30/12/2002). ART. 21, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 210, DE 1º/10/2002. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Acórdão *a quo* que, afastando a preliminar de prescrição, autorizou a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título do FINSOCIAL com a COFINS e a CSL.

(...)

5. A posição firmada pela Egrégia 1ª Seção é que a compensação só poderia ser utilizada, nos termos da Lei nº 8.383/91, entre tributos da mesma espécie, e uma só destinação orçamentária. No entanto, a legislação que rege o tema sofreu alterações ao longo dos anos, mais ainda por intermédio da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), que em seu artigo 49 alterou o artigo 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

6. O referido art. 74 passou a expor: “o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-la na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão”.

7. Disciplinando o citado dispositivo, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º/10/2002, cujo art. 21 estatuiu: “o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos sob a administração da SRF”.

8. *In casu*, apesar de o FINSOCIAL envolver espécie diferente e natureza jurídica diversa da CSL, ambos de destinações orçamentárias próprias, não há mais que se impor limites à com-

pensação, face à nova legislação que rege a espécie, podendo, pois, serem compensados entre si ou com quaisquer outros tributos que sejam administrados/arrecadados pela SRF.

9. A compensação deverá ser efetuada nos exatos termos estabelecidos pelo art. 49 da Lei nº 10.637/02, bem como pela IN/SRF nº 210, de 30/11/2002, observando-se, principalmente, não excluídos os demais comandos legais e normativos, o seguinte:

-a) o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob a administração daquele Órgão;

-b) a aludida compensação será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados a aos respectivos débitos compensados;

-c) poder-se-ão utilizar, na mencionada compensação, créditos que já tenham sido objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento encaminhado à SRF, desde que referido pedido se encontre pendente de decisão administrativa à data do encaminhamento da “Declaração de Compensação”.

-d) declarada a compensação, ficará obrigada a Secretaria da Receita Federal a extinguir o crédito tributário, sob a condição resolutória de sua ulterior homologação.

10. Precedentes desta Corte Superior.

11. Recurso não provido.

(Primeira Turma, REsp nº 491505, Rel. Min. José Delgado, DJU 02/06/03)

É certo, asism, que o provimento da ação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º do CTN.

Deixo anotado que os créditos do impetrante a serem utilizados para compensação devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, pela aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei nº 9.250/95, devendo ser afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

Inaplicável o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, tendo em vista que o C. STF entendeu pela inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, adotando o posicionamento de que a eleição legal do índice da caderneta de poupança para fins de atualização monetária e juros de mora ofende o direito de propriedade (ADI 4357, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 14/03/2013, DJ 26/09/2014). Nesse sentido: RE 798541 AgR, Relatora Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma, j. 22/04/2014, DJ 06/05/2014.

Dessa forma, a r. sentença recorrida deve ser parcialmente reformada, tão-somente para restringir a compensação, nos termos do art. 26, parágrafo único, da Lei 11.457/07, observando-se o disposto no art. 170-A do CTN.

Em face de todo o exposto, *dou parcial provimento à remessa necessária e nego provimento à apelação.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0005916-23.2015.4.03.6126
(2015.61.26.005916-3)

Apelante: EMPRESA URBANA SANTO ANDRÉ LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA
Classe do Processo: AMS 362937
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2016

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS/ISS INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. LEGALIDADE. SÚMULAS NºS 68 E 94/STJ.

1. A questão relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98, não comporta mais digressões, ao menos no Superior Tribunal de Justiça, restando assentado o entendimento de que tal inclusão é constitucional e legal, haja vista que o ICMS é tributo que integra o preço das mercadorias ou dos serviços prestados para qualquer efeito, devendo, pois, ser considerado como receita bruta ou faturamento, base de cálculo das exações PIS e COFINS. Entendimento cristalizado nas Súmulas ns. 68 e 94/STJ.
2. Entendimento analógico aplicado ao ISS, no sentido de sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.
3. Importa anotar que não se desconhece que recentemente, em 08/10/2014, o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785/MG, reconheceu que o ICMS não pode compor a base de cálculo do PIS e da COFINS. Contudo, o entendimento sufragado no referido julgado não tem efeito "*erga omnes*" e, portanto, só pode ser aplicado às partes envolvidas no feito, conforme a Turma julgadora já teve a oportunidade de se manifestar em diversas assentadas - neste exato sentido, AI 2015.03.00.010044-5/SP, Relatora Desembargadora Federal ALDA BASTO, decisão de 29/05/2015, D.E. 12/06/2015, AC 2013.61.28.010528-5/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, j. 28/05/2015, D.E. 15/06/2015, e AI 2015.03.00.011237-0/SP, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, decisão de 09/06/2015, D.E. 17/06/2015.
4. 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 maioria, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de agosto de 2016.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA (Relator):

Cuida-se de mandado de segurança em que se pretende ver excluída da base de cálculo da COFINS e do PIS a parcela relativa ao ISS, bem como que se proceda à compensação dos valores a esse título recolhidos.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, denegando a segurança.

Irresignada, apelou a impetrante, reproduzindo, em apertada síntese, os argumentos alinhados à inicial.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte para julgamento.

O Ministério Público Federal, não vislumbrando interesse público a demandar a sua intervenção, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA (Relator):

Nucleia-se a questão sobre a inclusão da parcela relativa ao ISS nas bases de cálculo da COFINS e/ou do PIS.

A denegação da segurança deve ser mantida.

A matéria relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98, não comporta mais digressões, ao menos no Superior Tribunal de Justiça, restando assentado o entendimento de que tal inclusão é constitucional e legal, haja vista que o ICMS é tributo que integra o preço das mercadorias ou dos serviços prestados para qualquer efeito, devendo, pois, ser considerado como receita bruta ou faturamento, base de cálculo das exações PIS e COFINS. Embora seja suportado pelo adquirente da mercadoria ou pelo destinatário do serviço, por meio do pagamento do preço, tal ônus constitui custo da empresa, não se caracterizando esta como agente meramente repassador do tributo, mas como seu contribuinte de direito.

Efetivamente, a receita bruta, conforme disposto no artigo 519 do RIR/99, é aquela definida no artigo 224 e parágrafo único, compreendendo o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia. Dentre as exclusões não se insere o ICMS e o ISS, referentes às operações da própria empresa, pois integram o preço da mercadoria ou do serviço vendido.

Portanto, não se pode separar o valor do ICMS e do ISS do faturamento, sob pena de se criar situação mais vantajosa para as empresas, em detrimento do contribuinte de fato do ICMS e da própria Fazenda Nacional.

Diferentemente do IPI, cujo valor é apenas destacado na nota fiscal e somado ao total do documento fiscal, mas não compõe o valor da mercadoria, o ICMS e o ISS integram o faturamento, tal como definido no artigo 2º da LC nº 70/91 ou no artigo 3º da Lei nº 9.718/98, reafirmada na Lei nº 10.637/2002, já em consonância com a EC 20/98.

De fato, as Leis nºs 10.637 e 10.833/2003, que atualmente regulam o PIS e a COFINS,

previram de forma expressa que tais contribuições incidiriam sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação contábil. Considerando que o faturamento integra a receita, tal como definida hoje na legislação de regência, que ampliou os limites da antiga receita bruta das vendas de mercadorias e serviços, que correspondia aos contornos do faturamento, nenhuma modificação, no que tange à necessidade de inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo da COFINS e do PIS (receita), pode ser atribuída à superveniência das referidas leis.

De se concluir, pois, que não prospera a alegação de ofensa aos artigos 145, § 1º, e 195, inc. I, da Constituição Federal, posto que o ICMS e o ISS são repassados no preço final do produto ao consumidor, de modo que a empresa tem, efetivamente, capacidade contributiva para o pagamento do PIS e da COFINS sobre aquele valor, que acaba integrando o seu faturamento.

A matéria, por outro lado, no Superior Tribunal de Justiça, está, de longa data, sumulada, nos seguintes termos:

Súmula 68: “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS.”

Súmula 94: “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.”

Este entendimento até hoje é seguido por aquela Egrégia Corte, conforme se pode aferir através dos julgados a seguir transcritos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM SÚMULAS DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC, se o acórdão recorrido, ao solucionar a controvérsia, analisa as questões a ele submetidas, dando aos dispositivos de regência a interpretação que, sob sua ótica, se coaduna com a espécie. O fato de interpretação não ser a que mais satisfaça a recorrente não tem a virtude de macular a decisão atacada, a ponto de determinar provimento jurisdicional desta Corte, no sentido de volver os autos à instância de origem, mesmo porque o órgão *a quo*, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes.

2. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de reconhecer a possibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas ns. 68 e 94/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AI nº 1.109.883/PR, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 16/12/2010, DJe 08/02/2011)

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - ICMS - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO - INEXISTÊNCIA - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - LEGALIDADE - SÚMULAS 68 E 94, AMBAS DO STJ - EFEITOS INFRINGENTES - IMPOSSIBILIDADE.

1. A controvérsia essencial destes autos restringe-se à inclusão do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, ICMS, na base de cálculo do PIS, do FINSOCIAL e da COFINS.

2. Resta evidente a pretensão infringente buscada pela embargante, com a oposição destes embargos declaratórios, uma vez que pretende seja aplicado, ao caso dos autos, entendimento diverso ao já iterativamente firmado pela jurisprudência do STJ; qual seja: legítima a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e do FINSOCIAL, assim como da COFINS, tributo de mesma espécie.

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 741.659/SP, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, j. 28/08/2007, DJ 12/09/2007)

Assim, no tocante ao ISS, por analogia, deve ser incluído o referido tributo na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Nesse sentido, são os precedentes jurisprudenciais a seguir colacionados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EFEITOS DA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SENTENÇA DENEGATÓRIA DA ORDEM

1 - O STJ reconhece, em casos excepcionais, a possibilidade de sustentar ambos os efeitos da apelação interposta de sentença denegatória da ordem em sede mandado de segurança ou a de manter os efeitos da liminar, até o julgamento da apelação.

2 - Quanto ao conteúdo não assiste razão à agravante, de acordo com a jurisprudência dominante, o ISS integraria o faturamento e a base de cálculo do PIS e da COFINS.

3 - Agravo não provido.

(TRF - 3ª Região, AI 336.691/SP, Relator Desembargador Federal NERY JÚNIOR, Terceira Turma, j. 07/05/2009, D.E. 07/07/2009)

TRIBUTÁRIO - COFINS E PIS - ICMS E ISS - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO - CONSTITUCIONALIDADE.

1. Compõe o ICMS o preço final da mercadoria que, por sua vez, integra o faturamento que é base de cálculo da COFINS e do PIS.

2. Observância dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da legalidade e da isonomia.

3. “A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.” (Súmula nº 68)

4. O Superior Tribunal de Justiça, via edição da Súmula nº 94, firmou orientação no sentido de que a parcela relativa ao ICMS integra o faturamento e, portanto, inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL. O mesmo entendimento aplica-se à COFINS, posto tratar-se de contribuição instituída pela LC nº 70/91 em substituição ao FINSOCIAL.

5. Por analogia, deve ser incluído o ISS, na base de cálculo do PIS e da COFINS.

(TRF - 3ª Região, AMS 305.444/SP, Relator Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO, Sexta Turma, j. 07/08/2008, D.E. 29/09/2008)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ISS.

O ISS integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS.

(TRF - 4ª Região, AC 2008.70.00.013903-9/PR, Primeira Turma, Relator Juiz Convocado MARCELO DE NARDI, j. 25/03/2009, D.E. 07/04/2009)

Finalmente, importa anotar que não se desconhece que recentemente, em 08/10/2014, o C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 240.785/MG, reconheceu que o ICMS não pode compor a base de cálculo do PIS e da COFINS. Contudo, o entendimento sufragado no referido julgado não tem efeito “*erga omnes*” e, portanto, só pode ser aplicado às partes envolvidas no feito, conforme esta E. Turma já teve a oportunidade de se manifestar em diversas assentadas - neste exato sentido, AI 2015.03.00.010044-5/SP, Relatora Desembargadora Federal ALDA BASTO, decisão de 29/05/2015, D.E. 12/06/2015, AC 2013.61.28.010528-5/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, j. 28/05/2015, D.E. 15/06/2015, e AI 2015.03.00.011237-0/SP, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, decisão de 09/06/2015, D.E. 17/06/2015.

Quanto ao pedido de compensação, resta prejudicado, diante do indeferimento do pedido relativo ao direito material pretendido.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo a r. sentença em seus exatos termos.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE:

Recurso de apelação interposto por *EMPRESA URBANA SANTO ANDRÉ LTDA* contra sentença que, nos autos de mandado de segurança no qual se buscava a exclusão do ISS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, além do reconhecimento do direito à compensação do montante recolhido a maior, julgou improcedente o pedido e denegou a ordem.

A parte recorrente reitera as razões expostas na peça inicial e pede a reforma do *decisum* (fls. 124/153).

Contrarrazões às fls. 158/162.

O MPF manifestou-se no sentido do regular prosseguimento do feito (fl.166).

O ilustre Desembargador Federal relator negou provimento ao apelo.

Divirjo, todavia.

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

Fato gerador das contribuições sociais

A hipótese constitucional de incidência das contribuições sociais, na parte em que interessa ao caso vertente, está prevista no artigo 195, inciso I, alínea “b”, e tem como fato gerador a receita ou o faturamento:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

...

b) a receita ou o faturamento;

...

É imprescindível, portanto, estabelecer os contornos do que é “receita ou faturamento” para determinar se os valores relativos à exação debatida neles se enquadram e, quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal assentou que, para efeitos de interpretação do texto constitucional, o fato gerador previsto pelo inciso I do artigo 195 é a receita obtida com a venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços (ADC 1/DF, RE 346.084/PR), em respeito ao artigo 110 do Código Tributário Nacional. No julgamento do RE nº 585.235, o Ministro Cezar Peluso relacionou o faturamento à “*soma das receitas oriundas do exercício das ativi-*

dades empresariais”, de forma que o conceito envolve riqueza própria, auferida com a atividade econômica desenvolvida pela pessoa jurídica, conforme seu objeto social. O ISS, por sua vez, é tributo de competência dos municípios, incidente sobre a prestação de serviços. Admitir sua inclusão na base de cálculo das contribuições resulta na conclusão absurda de que a empresa produz o ISS, como se a geração de impostos fosse perseguida pelo objeto social de uma organização mercantil ou similar. Assim, o ISS não se amolda ao conceito de faturamento, porque é tributo e, dessa maneira, não representa: 1) receita auferida pela atividade econômica da pessoa jurídica; e 2) riqueza que tenha sido integrada ao seu patrimônio. Inserir na base de cálculo das contribuições sociais parcela que não se subsume na hipótese constitucional de incidência viola o postulado da legalidade previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

Distinção entre os conceitos de preço e faturamento

É cediço que a natureza do ISS (tributo indireto) e sua estrutura fazem com que ele componha o preço da operação. No entanto, conforme exposto, o faturamento não advém da soma dos preços cobrados, mas da riqueza que decorre do negócio, na qual um ônus fiscal não pode estar incluído. Preço é conceito que não se confunde com o de faturamento, cuja definição deve ser extraída da interpretação sistemática da Constituição, âmbito no qual carece de sentido a tributação sobre tributo, sob pena de violação aos princípios basilares do sistema tributário, especialmente o da capacidade contributiva. O valor da operação pago pelo consumidor não se presta como alicerce para a construção do conceito constitucional de faturamento que, conforme explicitado, está vinculado à expressão econômica auferida pela realização da atividade da empresa, em que não se inclui a produção de impostos. A esse respeito, transcrevo trecho do voto do Ministro Cezar Peluso no RE 346.084/PR:

Sr. Presidente, gostaria de enfatizar meu ponto de vista, para que não fique nenhuma dúvida ao propósito. Quando me referi ao conceito construído sobretudo no RE 150.755, sob a expressão receita bruta de venda de mercadorias e prestação de serviço, quis significar que *tal conceito está ligado à ideia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se inclui todo incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas*. (grifei)

Em relação às Súmulas nº 264/TFR, nº 68/STJ e nº 94/STJ, necessário esclarecer que o posicionamento firmado naqueles enunciados decorreu essencialmente do fundamento de que o imposto estadual inclui-se no preço da transação e, conseqüentemente, condiz com o conceito de faturamento, conclusão que não pode prosperar diante da já exposta diferenciação entre os dois institutos abordados.

Princípios do Direito Tributário. Capacidade contributiva

O sistema tributário é regido pela legalidade e, assim, o Estado exerce seu poder de tributar por meio de uma relação jurídica e não pela força, de forma a se sujeitar ao regime insculpido pelas limitações constitucionais ao seu poder-direito. Nesse sentido, é a doutrina de Hugo de Brito Machado, em “Curso de direito tributário”, 29ª ed., p. 50: “o Direito Tributário existe para delimitar o poder de tributar, transformando a relação tributária, que antigamente foi uma relação simplesmente de poder, em relação jurídica”. É nesse contexto que surgem os princípios constitucionais do Direito Tributário, entre eles a legalidade, a anterioridade, a isonomia, a irretroatividade e a vedação ao confisco, este derivado do princípio da capacidade contributiva, segundo o qual a atuação do fisco deve respeitar a aptidão do contribuinte para suportar a carga tributária sem que haja perecimento da riqueza tributável que a lastreia. Ro-

que Carrazza ensina que: “não se pode, em homenagem aos princípios da capacidade contributiva e da não confiscatoriedade, assujeitar um mesmo fato econômico à incidência de tantos impostos, que acabem por retirar do contribuinte o mínimo vital a que estamos aludindo” (*in* “Curso de direito constitucional tributário”, 24^a ed., p. 102 - Malheiros). Nesse ponto, cumpre afirmar a falta de razoabilidade de se incluir um tributo na base de cálculo de outro. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, em voto proferido no RE 240.785-2/MG: “Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus (...)”. A tributação sobre imposto fere a lógica do próprio ordenamento, sobretudo quando esse resultado só é atingido pela distorção do conceito constitucionalmente previsto como fato gerador. Em respeito ao sistema, não pode o legislador, sob uma falsa legalidade, manipular a definição de um instituto para criar tributo sobre qualquer situação indiscriminadamente, inclusive sobre montante que sequer representa ingresso de valor para o contribuinte e não configura expressão de riqueza.

Da alegação de que o ISS é custo repassado ao comprador

Não procede a afirmação de que a exação municipal é um custo repassado no preço do serviço. O ISS é um imposto que compõe o preço da operação, porém, a circunstância de ser cobrado do comprador não lhe altera a natureza de tributo, característica, aliás, impassível de ser adulterada por maior que seja o esforço argumentativo utilizado. Pretender lhe conferir qualidade diversa é supor que o exercício intelectual possa modificar a própria realidade. O fato de o valor do ISS ser distinguível na fatura ou nota fiscal apenas explicita a sua condição de ônus fiscal, perfeitamente destacável da base de cálculo das contribuições sociais, raciocínio que se justifica a fim de respeitar as limitações ao poder arrecadatário e garantir a coerência do sistema.

Destarte, entendo que a base de cálculo do PIS e da COFINS não pode extrapolar o montante percebido pela pessoa jurídica com a atividade econômica e, sob qualquer ângulo que se examine a questão, inviável o enquadramento do ISS naquele conceito, razão porque deve ser excluída a parcela relativa ao imposto municipal da incidência das contribuições sociais em debate. Não há que se falar, ainda, em violação aos artigos 150 da Constituição, 111 do CTN ou interpretação extensiva das deduções previstas nas Leis Complementares 07/70 e 70/91, uma vez que não se trata de outorgar isenção, mas de reconhecer a não subsunção do presente caso na hipótese legal de incidência do ISS. Corrobora esse entendimento o seguinte julgado desta corte, dado que assim se manifestou sobre o tema:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO NÃO REITERADO. NÃO CONHECIMENTO. PIS E COFINS. NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE GUIAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Posto que não reiterado, o agravo retido não merece conhecimento (artigo 523, § 1º, do CPC). 2. Quanto à prescrição, é de ser adotado o entendimento externado pelo E. STF em 04/08/2011, no julgamento do RE 566.621, segundo o qual, para os feitos ajuizados posteriormente a vigência da Lei Complementar nº 118/2005, em 09/06/2005, como no presente caso, é de 5 (cinco) anos o prazo para restituição de indébitos referentes a tributos sujeitos a lançamento por homologação. 3. O ISS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista recente posicionamento do STF externado no julgamento, ainda em andamento, do Recurso Extraordinário nº 240.785-2, que trata de matéria similar - exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. 4. No referido julgamento, o Ministro Marco Aurélio, relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Carmen Lúcia e Sepúlveda Pertence. Entendeu o Ministro relator estar configurada a violação ao artigo 195, I, da Constituição Fede-

ral, ao fundamento de que a base de cálculo do PIS e da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre o ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento. Após, a sessão foi suspensa em virtude do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes (Informativo do STF nº 437, de 24/8/2006). 5. Embora o referido julgamento ainda não tenha se encerrado, não há como negar que traduz concreta expectativa de que será adotado o entendimento de que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS. 6. Assim, o ISS - que como o ICMS não se consubstancia em faturamento, mas sim em ônus fiscal - não deve, também, integrar a base de cálculo das aludidas contribuições. 7. A impetrante não trouxe aos autos nenhuma guia comprobatória a demonstrar os recolhimentos do tributo que pretende compensar. 8. A via especial do mandado de segurança, em que não há dilação probatória, impõe que a impetrante comprove de plano o direito que alega ser líquido e certo. E, para isso, deve trazer à baila todos os documentos hábeis à comprovação do que requer. Sem esses elementos de prova, impõe-se reconhecer a improcedência do pedido de compensação. 9. Agravo retido não conhecido. Prescrição da pretensão de compensação relativamente aos tributos recolhidos em data anterior a 22/07/2005 reconhecida. Apelo parcialmente provido. (grifei)

(TRF 3ª Região, AMS nº 329936, 00158323820104036100, Terceira Turma, rel. Des. Federal MARCIO MORAES, Julg.: 25/10/2012, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/11/2012)

Nesse contexto, nos termos da jurisprudência aludida, é de ser afastada a incidência do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de débitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: “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”.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 24.09.2015 (fl. 02). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu, no julgamento do *Resp* 1.111.164/BA, representativo da controvérsia, a necessidade da comprovação do recolhimento dos valores que se pretende compensar, mediante a juntada das respectivas guias DARF, nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o

direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da “condição de credora tributária” (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (ERESP 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)

No caso dos autos, considerado o período quinquenal a ser compensado (ação proposta em 24/09/2015), observa-se que a impetrante juntou documentos comprobatórios do pagamento da exação em debate relativos aos meses de *janeiro a dezembro de 2013 (fls. 42/70)*. Dessa forma, no que toca aos meses referidos deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto a concessão da ordem no presente remédio constitucional reclama a prova do direito líquido e certo. A respeito, segue julgado desta corte:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. NÃO INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. COMPROVAÇÃO PARCIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. Quanto à prescrição, é de ser adotado o entendimento externado pelo E. STF em 04/08/2011, no julgamento do RE 566.621, segundo o qual, para os feitos ajuizados posteriormente a vigência da Lei Complementar nº 118/2005, em 09/06/2005, como no presente caso, é de 5 (cinco) anos o prazo para restituição de débitos referentes a tributos sujeitos a lançamento por homologação. 2. O ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista recente posicionamento do STF sobre a questão no julgamento, ainda em andamento, do Recurso Extraordinário nº 240.785-2. 3. No referido julgamento, o Ministro Marco Aurélio, relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Carmen Lúcia e Sepúlveda Pertence. Entendeu o Ministro relator estar configurada a violação ao artigo 195, I, da Constituição Federal, ao fundamento de que a base de cálculo do PIS e da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre o ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento. Após, a sessão foi suspensa em virtude do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes (Informativo do STF nº 437, de 24/8/2006). 4. Embora o referido julgamento ainda não tenha se encerrado, não há como negar que traduz concreta expectativa de que será adotado o entendimento de que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS

e da COFINS. 5. *A via especial do mandado de segurança, em que não há dilação probatória, impõe que a impetrante comprove de plano o direito que alega ser líquido e certo. E, para isso, deve trazer à baila todos os documentos hábeis à comprovação do que requer. Sem esses elementos de prova, impõe-se reconhecer a improcedência do pedido de compensação, relativamente aos recolhimentos não comprovados por guias DARF.* 6. Quanto à compensação do período comprovado nos autos, a questão, no âmbito da Turma, passou a ser resolvida no sentido de que o regime a ser aplicado é o vigente ao tempo da propositura da ação, conforme julgamento da Apelação nº 0005742-26.2005.403.6106/SP, ocorrido em 15 de abril de 2010. Tal entendimento está amparado na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial representativo de controvérsia (artigo 543-C do CPC). REsp nº 1137738/SP. 7. Consigne-se que a compensação a ser realizada poderá ser feita com parcelas vencidas e vincendas de débitos tributários, tendo em vista a ausência de disposição em sentido contrário no Código Tributário Nacional (art. 170) e na recente legislação sobre a matéria (Lei 9.430/96, alterada pela Lei 10.637/02). 8. A compensação somente poderá ser realizada após o trânsito em julgado da decisão, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN, conforme o decidido no Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1167039. 9. No que tange à correção monetária, tendo em vista o período objeto da compensação, aplicável exclusivamente a taxa SELIC, por força do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995, que determina sua aplicação à compensação tributária e que é, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo, índice de correção monetária e de juros de mora (RESP 769619; AgRg no REsp 658786). 10. Inaplicável o artigo 167 do Código Tributário Nacional, pois se restringe à repetição do indébito, no entendimento firmado por esta Turma. E, ainda que se entendesse de maneira diferente, os juros incidiriam somente a partir do trânsito em julgado até a edição da Lei que instituiu a taxa SELIC, lei específica a regular o tema. Como neste caso o trânsito em julgado ocorrerá em data posterior a janeiro de 1996, o percentual previsto no artigo 167 do CTN não incidiria de qualquer maneira. 11. Apelo parcialmente provido. (AMS 00135899620114036000, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/11/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) – grifei

Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no *Recurso Especial nº 1.137.738/SP*, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO. TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada “Restituição e compensação de Tributos e Contribuições”, determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, *caput*), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: “Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração”.
5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo *a quo* a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: “Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.”
9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).
10. *In casu*, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu *in casu*; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública,

devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, *verbis*: “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.” 14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: “Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário.” (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda, as quais estabelecem que a compensação dar-se-á com débitos relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 8.112/91 (art. 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A esse respeito, já se manifestou o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DOIS RECURSOS ESPECIAIS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. REGRA DO ART. 170-A DO CTN. APLICABILIDADE. DEMANDA AJUIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LC Nº 104/2001. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI Nº 11.457/07.

(...)

3. O disposto no art. 170-A do CTN, que exige o trânsito em julgado para fins de compensação de crédito tributário, somente se aplica às demandas ajuizadas após a vigência da Lei Complementar nº 104/01, ou seja, a partir de 11.1.2001, o que se verifica na espécie. Ademais, o

referido dispositivo legal também se aplica às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido, segundo entendimento firmado em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp nº 1.167.039/DF).

4. Entendimento desta Corte no sentido da impossibilidade de compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (art. 11 da Lei nº 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei nº 11.457/07. Precedentes: REsp 1277941/PB, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 16.11.2011; AgRg no REsp 1267060/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 24.10.2011.

5. Recurso especial do contribuinte parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Recurso especial da Fazenda parcialmente provido.

(REsp 1266798/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.164.452/MG e nº 1.167.039/DF, representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução nº 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar nº 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2015, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. “Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico” (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no *Recurso Especial nº 1.111.175/SP*, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.
 2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.
 3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo *a quo* a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.
 4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.
- (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao apelo interposto*, para julgar parcialmente procedente o pedido e declarar o direito da recorrente proceder à exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições debatidas, bem como deferir o pleito de compensação do *quantum* pago a maior a título de PIS/COFINS do período comprovado nos autos, qual seja, *janeiro a dezembro de 2013*, com as limitações explicitadas no voto.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0008039-05.2016.4.03.0000

(2016.03.00.008039-6)

Agravante: EDNA DE FÁTIMA MARIGLIANI BARROS

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe do Processo: AI 580974

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2016

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA (IRPF). PROVENTOS DE PENSÃO POR MORTE. NEOPLASIA MALIGNA DE TIREÓIDE. ART. 39, § 6º, DO DECRETO Nº 3.000/99. POSTERIOR AUSÊNCIA DE SINTOMAS DA DOENÇA NÃO JUSTIFICA A REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO ISENCIONAL. RECURSO PROVIDO.

1. É entendimento convencional no Superior Tribunal de Justiça/STJ que após a concessão da isenção do imposto de renda na forma do art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de se constatar a ausência de sintomas da doença não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifício dos beneficiários, aliviando-os dos encargos financeiros (MS 21.706/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2015, DJe 30/09/2015).

2. As pessoas que foram acometidas de câncer devem ser tratadas com respeito e cuidado porque é de sabença comum que se trata de moléstia insidiosa e que ostenta graus de recidiva. Segundo o Instituto Nacional do Câncer/INCA o câncer de tireóide afeta mais as mulheres do que os homens e o prognóstico quase sempre é favorável, mas em casos de carcinomas indiferenciados (anaplásicos) o prognóstico é ruim. Assim, o fato de a agravante felizmente achar-se livre da moléstia em certa época não pode ser motivo para amesquinhar os perigos que a doença apresenta, e o julgador deve levar isso em conta.

3. De outro lado, todos sabem que mesmo após ver-se livre dos sintomas da doença a vítima deve persistir fazendo exames, já que recidiva pode ser diagnosticada por exames de sangue ou de imagem, como ultrassom ou cintilografias com iodo radioativo. É também de sabença comum que o Estado brasileiro relega ao plano secundário as ações de saúde - a não ser nos discursos de palanque e nas aparições de nossos "líderes" em programas de televisão cuidadosamente encenados por "marqueteiros" regamente pagos - e por isso muitos cidadãos precisam recorrer ao mercado privado de saúde, que no nosso sistema capitalista deve ser muito bem remunerado.

4. Só quem conhece as realidades da vida real sabe o quanto é difícil ao cidadão que depende do SUS obter sobretudo exames de imagem. São semanas e até meses em filas de espera, e a pessoa que pode ter um câncer não tem como esperar tanto. Logo, é uma tragicomédia bem própria do Poder Público brasileiro dizer que o cidadão que já sofreu de um câncer pode ser afastado da isenção fiscal prevista na Lei nº 7.713/88, art. 6º a não ser que "prove" que está doente de novo.

5. O Poder Judiciário - que numa república que se diz democrática deve acarinhá-los legítimos interesses dos cidadãos e não os interesses “do caixa” do Poder Executivo - não deve embarcar nessa canoa.
6. Agravo de instrumento 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 maioria, *dar provimento ao agravo de instrumento*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que negava provimento.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Agravo de instrumento interposto por EDNA DE FÁTIMA MARIGLIANI BARROS contra decisão indeferitória de pedido de antecipação de tutela em ação ordinária que tem por escopo a declaração de isenção do Imposto de Renda sobre os seus proventos de pensão por morte.

A decisão agravada foi lançada nestes termos:

A autora pretende por meio desta ação o reconhecimento de que os proventos de pensão por morte que percebe são isentos de imposto de renda, sob o fundamento de que desde fevereiro de 2007 é portadora de neoplasia maligna da glândula tireoide.

Narra que requereu a isenção do tributo perante o órgão pagador da pensão (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região), que concedeu o benefício até fevereiro de 2012. Argumenta, entretanto, que faz jus à isenção sem data final, pois a doença que a acomete permite seu enquadramento no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88, salientando que não há exigência de contemporaneidade dos sintomas, nem indicação de validade do laudo pericial ou comprovação de recidiva da enfermidade. Pede em sede de antecipação dos efeitos da tutela que seja cessada a retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre a pensão.

É a síntese do necessário.

De partida anoto que não se põe em dúvida que os proventos de aposentadoria e pensão pagos a portadores de neoplasia maligna são isentos de imposto de renda, nos termos do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88. Complementando essa norma, o 4º do art. 39, do Regulamento do Imposto de Renda/99 dispõe que “para o reconhecimento de novas isenções de que tratam os incisos XXXI e XXXIII, a partir de 1º de janeiro de 1996, a moléstia deverá ser comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial, no caso de moléstias passíveis de controle (Lei nº 9.250, de 1995, art. 30 e 1º)”.

Indo direto ao ponto, registro que por ora não há elementos firmes apontando que atualmente está acometida de neoplasia maligna. Os documentos que instruem a inicial revelam que a autora teve reconhecido o direito à isenção do imposto de renda com base em laudo médico pericial realizado pela fonte pagadora da pensão em 23/06/2010, com efeitos retroativos a 02/02/2007. Porém a decisão ressaltou a necessidade de reavaliação do quadro em fevereiro

de 2012, limitando, portanto, a isenção até essa data (fls. 28/29).

Em nova perícia, realizada em 30/04/2012, a junta médica oficial concluiu que “a periciada foi acometida por NEOPLASIA MALIGNA DE TIREOIDE - CID C73 comprovada em 02/02/2007, não tendo sido encontradas evidências de atividade da doença após cinco anos do seguimento. A Junta Médica entendeu que a neoplasia apresentada pela periciada encontra-se controlada, concluindo que não foram encontradas, no momento evidências de atividade de doenças previstas na Lei nº 7.713/88, art. 6º, inciso XIV e suas modificações posteriores” (fl. 31).

Ora, se o laudo realizado por junta médica oficial em abril de 2012 concluiu que houve controle da doença com ausência de qualquer indício de atividade, é razoável que a isenção cesse porque não há evidências da doença que em 2010 justificou a isenção. Note-se, aliás, que o último documento médico juntado aos autos é de janeiro de 2012 e nele consta tão somente que a autora “segue em observações clínicas e periodicamente avaliada mediante novos exames” (fl. 30) nada referindo sobre eventual recidiva da doença.

Toda isenção tem uma razão de ser e no caso dos portadores de doença grave a finalidade do favor fiscal é evidente: desonerar o contribuinte dos encargos financeiros relativos ao tratamento da doença. Logo, o contribuinte acometido por alguma das moléstias listadas no art. 6º, XIV da Lei 7.713/1988 (rol que contempla a neoplasia maligna) terá direito à isenção durante o tratamento e convalescença da moléstia. No entanto, recuperando-se da doença (e, por conseguinte, livrando-se do fardo financeiro que vem a reboque da enfermidade) desaparece o substrato fático que justificava a isenção. A isenção opera por força de relação de causa e efeito; dessa forma, desaparecida a causa, desaparece o efeito.

Tudo somado, INDEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Nas razões do agravo a recorrente reitera que faz jus à isenção tributária.

Aduz, em resumo que para o caso de neoplasia maligna não se pode exigir contemporaneidade dos sintomas, bastando prova de seu acometimento, já que não se pode afastar a possibilidade de seu reaparecimento, mesmo porque não há relato, na literatura médica, de cura total dessa moléstia grave.

Deferido o pedido de antecipação de tutela recursal (fls. 76/78).

A parte agravada apresentou contraminuta, com pedido de reconsideração (fls. 84/87).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Em 23.06.2010 a autora foi submetida à perícia médica no serviço médico oficial da União para fins de se perscrutar a isenção de imposto de renda; na ocasião houve o diagnóstico de *neoplasia maligna da glândula tireóide* (CID C 73), com início constatado em 02/02/2007, ficando expressamente determinado que a pensionista deveria ser reavaliada em fevereiro de 2012.

Diante disso a requerente foi novamente submetida a perícia médica na data de 30.04.2012, tendo a junta médica oficial concluído que não foram encontradas evidências de *atividade* da doença após cinco anos de seguimento, ou seja, que a neoplasia apresentada pela periciada encontrava-se *controlada*, de modo que o caso já não se enquadrava nas doenças previstas na Lei nº 7.713/88, art. 6º, inciso XIV e suas modificações posteriores.

Não há nos autos nenhum outro documento que indique o atual quadro de saúde da requerente ou que demonstre a situação da doença desde a última perícia realizada há mais de quatro anos.

Apesar disso, é entendimento convencional no Superior Tribunal de Justiça/STJ que após a concessão da isenção do imposto de renda na forma do art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de se constatar a ausência de sintomas da doença não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifício dos beneficiários, aliviando-os dos encargos financeiros.

Confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO COM BASE NO ART. 6º, XIV, DA LEI 7.713/1988. NEOPLASIA MALIGNA. DEMONSTRAÇÃO DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. DESNECESSIDADE.

1. O entendimento jurisprudencial desta Primeira Seção é no sentido de que, após a concessão da isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de moléstias graves, nos termos art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença pela provável cura não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifícios dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros. Precedentes: REsp 1125064 / DF, Segunda Turma, rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 14/04/2010; REsp 967693 / DF, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJ 18/09/2007; REsp 734541 / SP, Primeira Turma, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 20/02/2006; MS 15261 / DF, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.09.2010.

2. Mandado de segurança concedido.

(MS 21.706/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2015, DJe 30/09/2015)

No âmbito desta 6ª Turma anoto o seguinte precedente:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA (IRPF). APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESGATE. ISENÇÃO. MOLÉSTIA GRAVE. NEOPLASIA MALIGNA. LAUDO OFICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. DESNECESSIDADE. ART. 39, § 6º, DO DECRETO Nº 3.000/99.

1. A regra inserta no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88 prevê a outorga de isenção às hipóteses nela descritas, entre elas, a de neoplasia maligna.

...

5. A alegação de que a isenção do imposto de renda, nos casos de moléstia grave, deve ser condicionada à manutenção da doença ou ausência de seu controle, observando-se o prazo de validade constante no laudo pericial, não deve prosperar, haja vista ser entendimento consagrado pelo E. STJ ser prescindível a comprovação da contemporaneidade dos sintomas, da recidiva da enfermidade, bem como a indicação de validade do laudo pericial, a fim de que o contribuinte possa gozar do benefício em comento, porquanto este tem por escopo permitir que o paciente arque com os custos decorrentes do acompanhamento médico e das medicações administradas.

...

8. Apelação e remessa oficial improvidas.

(APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO nº 0017708-57.2012.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, 6ª Turma, julgado 13/02/2014, Publicado em 27/02/2014)

Ora, as pessoas que foram acometidas de câncer devem ser tratadas com *respeito e cuidado* porque é de sabença comum que se trata de moléstia insidiosa e que ostenta graus de recidiva.

Segundo o Instituto Nacional do Câncer/INCA o câncer de tireóide afeta mais as mulheres do que os homens e o prognóstico quase sempre é favorável, mas em casos de carcinomas indiferenciados (anaplásicos) o prognóstico é ruim.

Assim, o fato de a agravante felizmente achar-se livre da moléstia em certa época não pode ser motivo para amesquinhar os perigos que a doença apresenta, e o julgador deve levar isso em conta.

De outro lado, todos sabem que mesmo após ver-se livre dos sintomas da doença a vítima deve persistir fazendo exames, já que recidiva pode ser diagnosticada por exames de sangue ou de imagem, como *ultrassom* ou cintilografias com iodo radioativo.

É também de sabença comum que o Estado brasileiro relega ao plano secundário as ações de saúde - a não ser nos discursos de palanque e nas aparições de nossos “líderes” em programas de televisão cuidadosamente encenados por “marqueteiros” regamente pagos - e por isso muitos cidadãos precisam recorrer ao mercado privado de saúde, que no nosso sistema capitalista deve ser muito bem remunerado.

Só quem conhece as realidades da *vida real* sabe o quanto é difícil ao cidadão que depende do SUS obter sobretudo *exames de imagem*. São semanas e até meses em filas de espera, e a pessoa que pode ter um câncer não tem como esperar tanto.

É preciso pagar exame em clínica ou hospital particular e isso custa caro; um ultrassom de tireóide pode custar até R\$ 350,00.

Logo, é uma *tragicomédia* bem própria do Poder Público brasileiro dizer que o cidadão que já sofreu de um câncer pode ser afastado da isenção fiscal prevista na Lei nº 7.713/88, art. 6º a não ser que “prove” que está doente de novo.

O Poder Judiciário - que numa *república* que se diz *democrática* deve acarinhar os legítimos interesses dos cidadãos e não os interesses “do caixa” do Poder Executivo - não deve embarcar nessa canoa.

O risco de dano é manifesto e a probabilidade de decisão favorável emerge da jurisprudência já colacionada, à qual acresço o seguinte julgado: AgRg no REsp 1421486/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016. E também a decisão monocrática proferida em 20 de maio de 2016 pelo Min. GURGEL DE FARIA no REsp nº 1.345.584/CE.

Ante o exposto, voto por *dar provimento ao agravo de instrumento*.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0012189-29.2016.4.03.0000

(2016.03.00.012189-1)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravada: USINA CAROLO S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA MORRISON

Classe do Processo: AI 584285

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EXECUTADA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE DA PRÁTICA DE ATOS CONSTRITIVOS. AGRAVO DA UNIÃO PROVIDO.

- A Lei nº 11.101/2005 prevê a recuperação judicial como uma alternativa para o enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora. Assim, o instituto da recuperação judicial apresenta-se como mecanismo voltado à preservação de uma empresa que atende a uma função social e que, por circunstâncias acidentais, entra em crise econômico-financeira.

- A sistemática da lei que regula a recuperação judicial consagra, em seu art. 6º, § 7º, que não há suspensão das execuções fiscais em casos de deferimento da reabilitação.

- O crédito fiscal não se sujeita à habilitação em recuperação judicial, por força do artigo 187 do Código Tributário Nacional, bem assim do artigo 29 da Lei nº 6.830/80, que rege as execuções fiscais.

- A submissão do crédito tributário federal ao juízo da recuperação judicial - cuja competência para processar e julgar é da E. Justiça Estadual -, ocasiona, por via oblíqua, mácula ao artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, e, por conseguinte, também ao direito da União de buscar o seu crédito fiscal perante a Justiça Federal.

- O deferimento da recuperação judicial da empresa executada afasta, tão somente, a possibilidade de realização de atos de alienação, devendo ter prosseguimento os atos constrição de seus bens e direitos, tendo em vista que as ações de execução fiscal não se suspendem pelo deferimento da recuperação judicial.

- Agravo 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, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela *UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)* em face da r. decisão que, nos autos da execução fiscal, indeferiu o pedido de penhora de créditos que a executada tem a receber, cabendo à exequente habilitar seu crédito junto ao Juízo onde processada a recuperação judicial da empresa executada.

Em razões recursais, a agravante sustenta, em síntese, que a executada estar em recuperação judicial, sendo que seu plano de recuperação judicial foi deferido em 09.10.2014. Afirma que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. Aduz que a recuperação judicial nem deveria ter sido deferida a executada, pois não foi apresentada certidão negativa de débitos tributários e fiscais.

Requer a antecipação da tutela recursal, e ao final, o provimento do presente agravo, com a reforma da r. decisão agravada, “determinando o imediato prosseguimento da execução fiscal, deferida a penhora requerida e afastando a imposição da obrigação de habilitar crédito fiscal da Fazenda Nacional na recuperação judicial da executada”.

Com contraminuta (fls. 32/72).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON (Relatora):

Merece acolhimento parcial a insurgência da agravante.

A Lei nº 11.101/2005 prevê a recuperação judicial como uma alternativa ao enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora. Assim, o instituto da recuperação judicial apresenta-se como mecanismo voltado à preservação de uma empresa que atende a uma função social e que, por circunstâncias acidentais, entra em crise econômico-financeira.

A sistemática da lei que regula a recuperação judicial consagra, em seu art. 6º, § 7º, que não há suspensão das execuções fiscais em casos de deferimento da reabilitação.

Assim dispõe o § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005:

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.

De outra parte, estabelece o Código Tributário Nacional, expressamente, que o crédito fiscal não se submete ao juízo da recuperação judicial, confira-se a esse respeito o que dispõe o seu artigo 187, *in verbis*:

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. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

- I - União;
- II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata;
- III - Municípios, conjuntamente e pró rata.

Ademais, eis a regra do artigo 29 da Lei de Execuções Fiscais, a Lei nº 6.830, de 1980, *in verbis*:

Art. 29 - A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento

Parágrafo Único - O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

- I - União e suas autarquias;
- II - Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata;
- III - Municípios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata.

Deveras, ressalte-se, ainda, que a submissão do crédito tributário federal ao juízo da recuperação judicial - cuja competência para processar e julgar é da E. Justiça Estadual -, acaba por ocasionar, por via obliqua, mácula ao artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, e, por conseguinte, também ao direito da União de buscar o seu crédito fiscal perante a Justiça Federal.

O deferimento da recuperação judicial da empresa executada afasta, tão somente, a possibilidade de realização de atos de alienação, devendo ter prosseguimento os atos constrição de seus bens e direitos, tendo em vista que as ações de execução fiscal não se suspendem pelo deferimento da recuperação judicial.

Neste sentido, colaciono os seguintes julgados, desta Egrégia Corte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU EXPRESSAMENTE DA MATÉRIA DITA "OMISSA" PELA PARTE, QUE LITIGA DE MODO PROTELATÓRIO E MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, ABUSANDO DO DIREITO DE RECORRER E VULNERANDO A LEALDADE E A BOA-FÉ PROCESSUAIS - IMPOSSIBILIDADE DE DES-VIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, o que não ocorre no caso.

2. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado (desatenção quanto ao entendimento adotado pelo STJ de que não poderia haver atos de alienação patrimonial de empresa recuperação judicial), demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no decisum calçados no entendimento de que a exequente tem a seu favor o artigo 6º, § 7º da Lei 11.101/2005 que dispõe expressamente: "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". Dessa forma, "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade,

contradição, omissão ou erro material” (EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

3. O entendimento de que “o deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de execução devem-se submeter ao juízo universal” no fundo conflita com uma regra CONSTITUCIONAL de competência, derivada do art. 109 da CF, porquanto o executivo fiscal federal não pode ser resolvido no Juízo Estadual de Recuperações e Falências, à míngua de autorização legal.

4. A supremacia da Recuperação Judicial sobre a execução fiscal importa em que a execução federal vá só até certo ponto e depois não possa avançar até a satisfação do crédito público; cria-se por força de entendimento judicial uma causa SUSPENSIVA do processo de execução com o Judiciário agindo como “legislador positivo”, o que ele não é. E isso em confronto com o artigo 186 do Código Tributário Nacional e o artigo 6º, § 7º da própria Lei 11.101/2005.

5. Recurso não provido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0002732-70.2016.4.03.0000/SP, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 25/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/09/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EXECUTADA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO EXECUTIVO. AGRAVO PROVIDO.

1. Com razão a agravante porquanto inexistente qualquer impedimento ao prosseguimento de atos executórios em desfavor da agravada/executada ante a supremacia do interesse público.

2. Ademais, a exequente tem a seu favor o artigo 6º, § 7º da Lei 11.101/2005 que dispõe expressamente: “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”.

3. Assim, a circunstância de a executada encontrar-se em recuperação judicial não se afigura, por si só, como impedimento ao prosseguimento de atos de constrição em sede de execução fiscal em que se exige multa administrativa.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0003410-85.2016.4.03.0000/SP, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 30/06/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/07/2016)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - EXECUÇÃO FISCAL - SUSPENSÃO INDEVIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal tem advertido que não cabe, a órgão singular ou fracionário, do Poder Judiciário, o simples descumprimento de lei, sem a observância dos ritos previstos na Constituição, para a declaração de inconstitucionalidade

2. A propósito da supremacia concedida ao crédito fiscal, houve, inclusive, proposta legislativa de ampla mitigação, segundo a iniciativa encaminhada pelo então Deputado Federal Antonio Carlos Magalhães Neto. No curso e ao final da tramitação do projeto de alteração proposto pelo citado Deputado Federal, prevaleceu a tese contrária.

3. A atual redação do Código Tributário Nacional é o resultado deste debate legislativo.

4. Não cabe ao Poder Judiciário, sem a observância do rito constitucional, negar vigência a normas jurídicas e, menos ainda, afrontar a reiterada vontade democrática do Congresso Nacional.

5. O crédito fiscal não está sujeito a habilitação na recuperação judicial.

6. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0013415-06.2015.4.03.0000/SP, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, julgado em 08/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/09/2016)

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. MULTA EXORBITANTE. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELO JUÍZO “A QUO”. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENHORA ON LINE. ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO EM PARTE E NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDO.

- Em relação a alegada nulidade por falta de apresentação do processo administrativo, verifico ser inviável a apreciação da referida pretensão por esta Corte, em razão do não cumprimento da determinação de fl. 105 no sentido de apresentar cópia da certidão de dívida ativa (fls. 107), documento imprescindível ao deslinde da controvérsia proposta, o qual impede o conhecimento do recurso.

- Desse modo e tendo em vista o efeito devolutivo do apelo, previsto no artigo 515, § 1º, do Código de Processo Civil, o Tribunal somente poderá manifestar-se acerca de matéria discutida em primeiro grau de jurisdição e devolvida a seu conhecimento, sob pena de supressão de instância. Logo, não conheço do recurso interposto no que concerne as alegações de falta de processo administrativo e multa exorbitante.

- Pedido de rastreamento e bloqueio de valores que a parte agravada tem em instituições financeiras, através do sistema BACEN-JUD.

- Não se verifica inobservância ao princípio da adstrição a penhora realizada pelo Sistema BACEN-JUD, quando determinada à luz do art. 651, I, do CPC, máxime após a vigência da Lei 11.382/06.

- Nos termos da Lei nº 11.382/2006, que alterou a redação do art. 655, I, do Código de Processo Civil, a penhora recairá preferencialmente sobre dinheiro, compreendendo-se nessa hipótese o numerário depositado em estabelecimento bancário, sobre o qual se poderá proceder constrição eletrônica (art. 655-A, CPC).

- Dessarte, tendo a penhora de valores pecuniários - inclusive os depósitos e aplicações financeiras - preeminência na ordem legal (art. 655, I, CPC, em perfeita consonância com a Lei nº 6.830/1980 - art. 11, I), deve ela ser levada em conta pelo Juízo para adoção desse iter na constrição, sem a imposição de outros pressupostos não previstos pela norma. Havendo manifestação do exequente nesse sentido, a providência ganha maior força de razão, pois esse é o único requisito imposto pelo *caput* do art. 655-A, CPC. Praticamente, e com pouquíssimas exceções, pode-se dizer que, havendo tal solicitação por parte do exequente, a penhora *on line* é irrecusável.

- De fato, os meios eletrônicos propiciam eficiência à execução, permitindo prestação jurisdicional mais rápida e eficaz, de acordo com o princípio constitucional da celeridade (Constituição Federal, art. 5º, LXXVIII).

- *Firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o regime de recuperação judicial, no qual a agravante se encontra, não impede a penhora de bens ou valores, considerando que as dívidas tributárias não se sujeitam ao respectivo plano de recuperação, conforme demonstra o seguinte precedente:*

- Apelação não conhecida em parte, e na parte conhecida, nego provimento.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0026275-49.2014.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 03/12/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/12/2015)

- grifos nossos

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EXECUTADA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO APENAS DOS ATOS DE ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS. POSSIBILIDADE DA PRÁTICA DE ATOS CONSTRITIVOS. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. Nos termos do artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, bem como for omitido ponto sobre o qual deveria se pronunciar o Juiz ou Tribunal.

2. O v. acórdão embargado deixou de analisar as alegações acerca da impossibilidade de prosseguimento dos atos de constrição e alienação de bens ou direitos da empresa em recuperação judicial.

3. O deferimento da recuperação judicial da empresa executada afasta, tão somente, a possibilidade de realização de atos de alienação, devendo ter prosseguimento os atos constrição de seus bens e direitos, tendo em vista que as ações de execução fiscal não se suspendem pelo deferimento da recuperação judicial. Precedentes desta E. Corte.

4. Embargos de declaração acolhidos.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0022081-30.2014.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO CARLOS DELGADO, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/03/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. MULTA ADMINISTRATIVA DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC. CONTINUIDADE DO FEITO EXECUTIVO, INCLUSIVE COM A PRÁTICA DE ATOS CONSTRITIVOS. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS APÓS SEGURO O JUÍZO.

- A execução fiscal não se suspende em razão de deferimento de recuperação judicial, nos termos do artigo 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005. Tal dispositivo conduz ao prosseguimento regular da ação executiva. Ademais, o próprio artigo 6º estabelece que, com exceção das execuções de natureza fiscal (§ 7º), as demais são suspensas com o deferimento do processamento da recuperação judicial (*caput*). Entretanto, o período da suspensão não é ilimitado. Nos termos do § 4º, não pode exceder em hipótese alguma o prazo improrrogável de 180 dias, cujo decurso restabelece o direito dos credores de dar continuidade aos feitos, independentemente de pronunciamento judicial. Destarte, mesmo para esses casos de ações não fiscais, os credores da agravada poderiam dar andamento às suas eventuais ações após o citado prazo, contado a partir do deferimento da recuperação.

- O dispositivo em referência (§ 7º do artigo 6º da Lei nº 11.101/2005) prevê que as execuções de natureza fiscal não são suspensas, sem estabelecer qualquer diferenciação entre as ações executivas fiscais de débitos tributários ou administrativos. Ambas são objeto de execução fiscal, como a do caso dos autos, nos termos dos artigos 1º e 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.830/1980, e não devem ser suspensas.

- Não há impedimento para a realização dos atos constritivos.

- O STJ analisou a questão da garantia em sede de recurso representativo, em regime do artigo 543-C do CPC, no julgamento do REsp 1.272.827/PE, no qual assentou que a apresentação de embargos depende da penhora de bens do devedor, dado que a nova redação do 736 do CPC, que dispensa tal constrição, não se aplica às execuções fiscais ante a dispositivo específico acerca de sua exigência,

- Agravo de instrumento provido, a fim de determinar que a execução fiscal tenha regular prosseguimento, inclusive com a prática de atos constritivos em desfavor da executada e apresentação de embargos após eventual penhora de bens.

(TRF 3ª Região, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, AI 0009068-61.2014.4.03.0000, j. 09/10/2014, e-DJF3 24/10/2014)

AGRAVO - ART. 557, CPC - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA ELETRÔNICA DE ATIVOS FINANCEIROS - BACENJUD - ART. 655-A, CPC - LEI Nº 11.382/2006 -- POSSIBILIDADE - ART. 543-C, CPC - ART. 649, CPC - NÃO COMPROVAÇÃO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CABIMENTO - AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que o bloqueio de ativos financeiros, quando requerido e deferido na vigência da Lei nº 11.382/2006, que deu nova redação ao artigo 655 do Código de Processo Civil, não constitui medida excepcional e prescinde do exaurimento de buscas de outros bens passíveis de constrição.

2. O fundamento para a modificação do entendimento a respeito da matéria é justamente o fato de que a Lei nº 11.382/2006 equiparou os ativos financeiros ao dinheiro em espécie, o qual, na verdade, sempre ocupou o primeiro lugar na ordem de preferência estabelecida na Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1980, artigo 11) e no próprio Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente para a cobrança da dívida ativa da União, dos Estados e do Município.
3. Não mais exigida a caracterização da situação excepcional de inexistência de bens penhoráveis, para o deferimento da constrição de ativos financeiros. Além disso, infere-se que a medida obedece ao disposto nos artigos 655 e 655-A, CPC, não sendo exigíveis os requisitos previstos no art. 185-A, CTN.
4. Tendo em vista que o requerimento da penhora de ativos financeiros ocorreu na vigência da Lei nº 11.382/2006, bem como houve citação do executado, cabível a medida requerida, ainda que existentes outros bens passíveis de penhora.
5. Cabe observar, na hipótese de deferimento da constrição de ativos financeiros, o disposto no art. 655-A, § 2º, CPC. Desta forma, é ônus do executado a comprovação da impenhorabilidade do bem constrito, o que inexistiu no presente caso.
6. O fato da empresa encontrar-se submetida ao procedimento de recuperação judicial não afasta a possibilidade de constrição de seus ativos financeiros, lembrando que a execução de dívidas tributárias não se suspende com o aludido plano de recuperação, bem como não se sujeito ao concurso de credores (art. 187, CTN).
7. Agravo improvido.
(TRF3ª Região, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, AI0010143-72.2013.4.03.0000, j. 05/09/2013, e-DJF3 13/09/2013)

Assim, há de ser reformada a r. decisão agravada para determinar o imediato prosseguimento da execução fiscal, deferida a penhora requerida.

Ante o exposto, *dou provimento* ao agravo de instrumento.

É como voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

Sentenças



MEDIDA PROVISIONAL

0000261-14.2013.4.03.6135

Autor: MUNICÍPIO DE UBATUBA
Assistente Litisconsorcial: UNIÃO FEDERAL
Réu: PAULO DE FILIPPIS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP
Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/06/2016

I – RELATÓRIO

Trata-se de *ação demolitória*, proposta em 09/04/2013 pelo *Município de Ubatuba* em face de *Paulo de Filippis*, em que se pretende, em síntese, *condenar o réu à obrigação de fazer consistente na demolição da construção irregular (píer), no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária*.

Em *sede de liminar*, a parte autora requereu o “embargo da construção irregular, proibindo-se novas construções e/ou ampliações e reformas, sem expressa autorização e comunicação ao Juízo, sob pena de multa diária” (fl. 06), e ainda a lavratura de *auto de constatação*. Juntou documentos.

Decisão do Juízo Estadual concedeu a liminar, determinando o *embargo da obra*, “devendo o requerido se abster de realizar novas construções e ampliações, sem autorização desse Juízo, sob pena de multa diária” (fl. 82).

Citado, o réu apresentou *contestação* (fl. 100/108) e documentos, sendo que pelo Município houve *réplica* (fl. 173/175).

Manifestação das partes em especificação de provas (fl. 176), tendo o Município informado não ter outras provas a produzir, bem como o réu requerido a realização de *audiência de conciliação* (fl. 181/182), não tendo o Município se oposto ao pleito do réu (fl. 188).

Foram *juntados documentos* aos autos pelo réu (fl. 196/199 e 214/215).

Em razão de a *União* ter se manifestado nos autos pelo seu *interesse no feito* (fl. 204/205), houve *declínio de competência* pelo *Juízo Estadual* (fl. 225), tendo os autos sido remetidos à *Justiça Federal*.

Após realizada *audiência de conciliação* por este *Juízo Federal* (fl. 294/295), houve *juntada de documentos pela CETESB* (fl. 300/301), bem como *manifestação das partes e União*, bem como parecer do *Ministério Público Federal* (fls. 306/315, 319, 326 e 330).

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – MÉRITO

II.1.1 – AÇÃO DEMOLITÓRIA – CONSTRUÇÃO IRREGULAR – PÍER - AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL - ÔNUS DA PROVA – DEMOLIÇÃO

A presente *ação demolitória* foi proposta em face do réu em razão da *construção irregular de píer* de “34,8 metros quadrados” (“Implantação de píer sem autorização do DEPRN” – *Inquérito Civil* nº 171/06 - fl. 08 e 18) nas proximidades da *Rua Capricórnio, nº 745, Bairro Santa Rita, em Ubatuba-SP*, em área conhecida como *Península Porcher*, e que foi objeto de “Boletins de Ocorrência Ambiental” nº 063460/06, 062041/06, 063531/06 e 4876/06, da *Polícia Militar do Estado de São Paulo*.

Conforme *documentos* que instruem a petição inicial e os autos, o *pier* edificado teria sido objeto de *vistoria ambiental*, sendo que o réu *Paolo de Filippis*, em definitivo, não teria obtido a *devida regulamentação e regularização do pier perante o órgão de fiscalização ambiental CETESB*.

Apesar dos *relevantes fundamentos* que constam da *contestação e manifestações do réu*, após a realização de *audiência de conciliação em 03/11/2013*, a *pedido do réu* a este Juízo Federal em sede de *especificação de provas*, restou consignado que:

Tendo em vista os posicionamentos apresentados pelo *Município de Ubatuba* e pela *União Federal* no sentido de que não se opõem à via conciliatória para a resolução da questão debatida nos presentes autos, *desde que haja a devida regularização administrativa do “pier” localizado na propriedade do réu, inclusive com atendimento a eventuais exigências apresentadas pelos órgãos ambientais, com destaque à CETESB*, posicionamento este acompanhado pelo *Ministério Público Federal*, impõe-se que seja expedido *ofício à CETESB* para que apresente aos autos a *atual situação detalhada de regularidade ou não do “pier”, eventuais limitações e exigências existentes ante sua localização, dimensões e características*. Prazo: 20 (vinte) dias. Na sequência, manifeste-se o réu sobre as limitações e atendimento às eventuais exigências impostas em sede administrativa, inclusive com relação às licenças ambientais, assumindo o ônus processual de sua inércia. Prazo: 30 (trinta) dias. Após, venham os autos conclusos para deliberação.

Por conseguinte, foram apresentadas *informações atualizadas pela CETESB* em relação à *situação de regularidade ou não do pier construído pelo réu*, tendo constado que:

Ofício nº 499/13- CMS (...)

Em atenção à Vossa requisição, *informamos que consta em nossos arquivos Processo SMA 83764/07, aberto em 17/04/07, onde o Sr. Paolo de Filippis requer regularização do pier já existente*.

Segundo análise do citado processo *a estrutura construída está em desacordo com o Decreto Estadual 49215/04 (§ 2º - art. 34)* que determina, para propriedades localizadas na faixa “entre-mares” Z1M (sendo a situação da península Porcher segundo carta oficial da CPLA), a *possibilidade de implantação de pier somente quando não houver acesso terrestre. Não sendo este o caso da propriedade em questão, a qual é servida por arruamento público*.

Esta condição foi devidamente informada ao Sr. Paolo de Filippis, conforme carta nº 100/09-LMU e respectivo Aviso de Recebimento – cópia anexa. (...)

“100/LMU

(...) Desta forma, visto que a propriedade em questão possui acesso terrestre, não há viabilidade de regularização do mesmo, sendo necessário a demolição para recuperação ambiental” (fl. 300/301).

A *União Federal* se manifestou nos autos sustentando que:

Conforme ficou consignado na audiência realizada em 13/11/2016, a *União* não se opõe à via conciliatória para a resolução da questão debatida nos presentes autos, desde que haja a *devida regularização administrativa do “pier” inclusive perante a CETESB, algo que não ocorreu até o momento*. (fl. 319).

Por sua vez, o autor *Município de Ubatuba* se manifestou nos autos sustentando que “nada tem a opor à regularização da construção dede que regularmente aprovada ou com a manifestação de nada a opor do órgãos ambientais do Estado – Cetesb, e da União, SPU” (fl. 326).

E, por fim, pelo *Ministério Público Federal* foi apresentado *parecer* no sentido de que: “não se opõe à regularização do píer desde que cumpridas as exigências do órgão ambiental [CETESB] e SPU [União Federal].” (fl. 330).

Em razão da matéria objeto desta *ação demolitória*, faz-se oportuna a *análise da legislação* que dispõe de alguma forma sobre a *construção de píer em zona costeira*.

Sobre a matéria em foco, dispõe a *Portaria nº 404, de 28 de dezembro de 2012*, da *Secretaria do Patrimônio da União – SPU*:

Art. 1º Esta portaria estabelece *normas e procedimentos para a instrução de processos visando à cessão de espaços físicos em águas públicas* e fixa parâmetros para o cálculo do preço público devido, a título de retribuição à União.

(...)

Art. 9º A *formalização de processos administrativos na Superintendência do Patrimônio da União na unidade da Federação - SPU/UF*, visando à *cessão de espaços físicos em águas públicas para implantação ou regularização de estrutura náutica*, dependerá da apresentação dos seguintes documentos:

I - Requerimento com qualificação e identificação do interessado, dirigido à Secretaria do Patrimônio da União encaminhado ao Superintendente da UF onde será implantado o empreendimento;

II - Descrição sucinta do empreendimento;

III - CPF para pessoa física, ou, Atos Constitutivos e CNPJ para pessoa jurídica e CPF de seus representantes legais;

IV - *Manifestação favorável da Autoridade Municipal quanto à adequação da atividade à legislação municipal, relativa ao local em terra onde se desenvolverá a atividade*, ou, de onde partirá a estrutura; no caso de regularização, de onde se desenvolve a atividade, ou, de onde parte a estrutura.

V - Parecer da Capitania dos Portos, da respectiva área de jurisdição, quanto à interferência em relação ao ordenamento do espaço aquaviário, à segurança da navegação e outros aspectos de interesse da Defesa Nacional;

VI - Plantas de situação e localização apresentadas nos termos da NORMAM 11 da Marinha do Brasil;

VII - Memorial descritivo do empreendimento contendo:

a) Descrição das poligonais das áreas em coordenadas georreferenciadas, fazendo constar separadamente:

1) área pretendida em terra;

2) área pretendida para instalação de estrutura física sobre a água;

3) área pretendida para berços de atracação;

4) áreas necessárias à bacia de evolução e canal de acesso.

b) Descrição de todos os acessos ao local, marítimo, fluvial ou lacustre, rodoviários, ferroviário e dutoviário;

c) Descrição da estrutura, identificando as instalações de acostagem, os respectivos berços de atracação e suas finalidades;

VIII - *Licença Ambiental Prévia (LP)*, quando se tratar de implantação de nova estrutura náutica ou *Licença Ambiental de Instalação (LI)* ou de *Operação (LO)*, quando se tratar de ampliação/regularização de estrutura náutica existente.

IX - documentos comprobatórios referentes ao disposto no art. 18, desta Portaria, se for o caso. § 1º O requerimento deverá informar, justificadamente, o prazo pretendido de cessão, assim como fundamentar a solicitação de prazo de carência, se for o caso, com base nos art. 21 e 19 da Lei nº 9.636, de 1998, respectivamente, e informar a data do início da operação, ainda que em caráter parcial.

§ 2º O prazo de carência, quando cabível, não deverá ultrapassar o início da operação do empreendimento, ainda que em caráter parcial.

§ 3º O memorial descritivo e plantas deverão conter a identificação e a assinatura do responsável técnico e serão acompanhados da respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica - ART/CREA ou Registro de Responsabilidade Técnica - RRT/CAU, quando se tratar de projeto elaborado por ente privado.

§ 4º Os documentos citados neste artigo também serão entregues em meio digital.

§ 5º No caso da cessão de espaço físico em águas públicas, envolver estrutura náutica rudimentar ou de pequeno porte (de até 250,00m², incluindo estrutura e berços), a documentação listada no *caput* poderá ser dispensada ou substituída pelo cadastro da SPU, a critério da Superintendência.

§ 6º A SPU encaminhará o processo à manifestação da Secretaria de Portos da Presidência da República - SEP/PR, quando for o caso, relativo à adequação do empreendimento à política portuária nacional. (Grifo nosso).

Por sua vez, dispõe o *Decreto nº 49.215/2004, do Governo do Estado de São Paulo*, que “Dispõe sobre o *Zoneamento Ecológico-Econômico do Setor do LITORAL NORTE*, prevê *usos e atividades para as diferentes zonas, estabelece diretrizes, metas ambientais e sócio-econômicas*”:

SEÇÃO II

Do Zoneamento Marinho

Artigo 31 - *A faixa marinha* abrangida por este decreto é aquela definida pela *Lei nº 10.019, de 3 de julho de 1998*, englobando todos os *ecossistemas e recursos naturais existentes a partir do limite superior da preamar de sizígia até a isóbata de 23,6m*, tendo como base de referência cartográfica as cartas náuticas e tábuas de marés para o Porto de São Sebastião da Diretoria de Hidrografia e Navegação do Ministério da Marinha. Ver tópico (1 documento)

§ 1º - Estão também incluídas na faixa marinha as ilhas, ilhotas, lajes e parcéis.

§ 2º - As normas de uso e as diretrizes definidas para o Zoneamento Marinho aplicam-se em duas faixas diferenciadas, que são respectivamente, a *faixa entre-marés, compreendendo a área entre a preamar e baixa-mar de sizígia*, e a faixa marítima que vai da baixa-mar de sizígia até a isóbata de 23,6m.

Artigo 32 - *A delimitação da Zona 1 Marinha - Z1M, considera, entre outras, isolada ou conjuntamente, as seguintes características sócio-ambientais:*

I - estrutura abiótica preservada;

II - comunidade biológica preservada;

III - ausência de atividades antrópicas que ameacem o equilíbrio ecológico;

IV - usos não intensivos, especialmente associados ao turismo e extrativismo de subsistência;

V - existência de áreas de reprodução de organismos marinhos.

Artigo 33 - A gestão da Z1M deverá observar as seguintes diretrizes:

I - manter e garantir a funcionalidade dos ecossistemas visando assegurar a conservação da diversidade biológica, do patrimônio histórico, paisagístico, cultural e arqueológico;

II - promover a manutenção e melhoria da qualidade das águas costeiras.

Artigo 34 - Na Z1M são permitidos os seguintes usos e atividades:

I - pesquisa científica e educação ambiental relacionadas à conservação da biodiversidade;

II - manejo auto-sustentado de recursos marinhos, desde que previsto em Plano de Manejo aprovado pelos órgãos ambientais competentes;

III - pesca artesanal, exceto arrasto;

IV - extrativismo de subsistência;

V - ecoturismo.

§ 1º - Os usos e atividades permitidos para a Zona de Amortecimento das Unidades de Conser-

vação são aqueles estabelecidos nos Planos de Manejo.

§ 2º - *Nas propriedades cuja faixa entre-marés seja classificada em sua totalidade como Z1M e não houver acesso terrestre, será permitida a implantação de estruturas náuticas Classe I, respeitadas as exigências do licenciamento ambiental, para atender os usos permitidos na zona.* (Grifo nosso).

Registradas essas considerações acerca da *evolução legislativa* relativa à *construção de píer em zona costeira*, passa-se à análise do caso concreto.

Com efeito, *foi judicializada a questão* relativa à *regularidade ou não da construção do píer pelo réu Paolo de Filippis* nas proximidades da Rua Capricórnio, nº 745, Bairro Santa Rita, em Ubatuba-SP, em área conhecida como *Península Porcher*, a partir da propositura de ação demolitória pelo Município de Ubatuba, em que se pede a *demolição do píer construído pelo réu em razão de “Implantação de píer sem autorização do DEPRN”, conforme Inquérito Civil nº 171/06 e “Boletins de Ocorrência Ambiental” nº 063460/06, 062041/06, 063531/06 e 4876/06, da Polícia Militar do Estado de São Paulo.*

Por conseguinte, *não seria razoável nem prudente ao Poder Judiciário* relegar a resolução da questão à *originária esfera administrativa*, sob o raciocínio de que cumpriria réu realizar *novos procedimentos administrativos* perante os *órgãos de fiscalização ambiental e patrimonial*, sobretudo CETESB e SPU, quando já constam *elementos de prova nos autos suficientes a demonstrar a situação de efetiva irregularidade do píer perante o órgão ambiental CETESB*, o que se apurou inclusive a partir de *processo administrativo* que tramitou sob *iniciativa do réu*, à época da *notificação em sede administrativa*.

Além dos *documentos originários do processo administrativo*, foi *oportunizado às partes produzirem provas* acerca dos fatos que vieram a dar ensejo à propositura desta ação judicial, tendo se *reiterado na esfera judicial a situação de irregularidade do píer na área onde fora construído pelo réu*, conforme *informação técnica atualizada da CETESB* no sentido de que “a estrutura construída está em desacordo com o Decreto Estadual 49215/04 (§ 2º - art. 34)... visto que a propriedade em questão possui acesso terrestre, não há viabilidade de regularização do mesmo, sendo necessário a demolição para recuperação ambiental” (fl. 300/301).

A partir dos *documentos* que instruem a petição inicial, no *Inquérito Civil nº 171/06* foi apurada “*Implantação de píer sem autorização do DEPRN*” (fl. 08), tendo ainda sido lavrados “*Boletins de Ocorrência Ambiental*” nº 063460/06, 062041/06, 063531/06 e 4876/06, da *Polícia Militar do Estado de São Paulo*, a partir de *vistorias ambientais* no local (fl. 09/16).

Segundo consta, o *píer irregular edificado pelo réu Paolo de Filippis* foi objeto de *notificação pelo Ministério Público Estadual e pela Prefeitura Municipal de Ubatuba em 2008 e 2009* (fl. 29/33, 49/52 e 64/66), em que foi determinada ao réu a *comprovação e protocolo de pedido de regularização do píer junto à Secretaria Estadual do Meio Ambiente*, o que veio a ocorrer (fl. 34/37, 53 e 67/68), *não tendo, contudo, sido obtido resultado positivo pelo réu, ante seu indeferimento em sede administrativa.*

Apesar do *Ofício nº 249/DelSSebastião, de 11/07/2007, da Marinha do Brasil*, relativo à “regularização de píer”, no sentido de que “nada tem a opor quanto à regularização de um píer localizado na enseada do Flamengo, Rua Capricórnio, nº 873, Município de Ubatuba-SP (carta náutica nº 1635).” (fl. 72), de fato o réu *não conta com a possibilidade de regularização administrativa do píer*, tendo em vista a *localidade em que se encontra construído (“Z1M”)*, nos termos do *Decreto nº 49.215/2004, art. 34, § 2º, do Governo do Estado de São Paulo*, conforme *informação técnica da CETESB, órgão ambiental licenciador responsável pela área em questão.*

Ademais, o parecer favorável da Capitania dos Portos de São Sebastião não tem o condão de regularizar a construção do píer, visto que, segundo constou expressamente, “o presente parecer não implica em autorização ou aval à obra pretendida por não ser objeto da competência da Marinha do Brasil, nem exime o requerente do cumprimento de exigência de outros órgãos, nas esferas federal, estadual e municipal, prevista na legislação em vigor, em especial ambiental” (fl. 73).

Ainda, é pacífico o entendimento jurisprudencial, reconhecendo a incompetência dos órgãos da Marinha para autorizar construção em praias, terrenos de marinha e plataformas marítimas:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PLATAFORMA MARÍTIMA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENS DE USO COMUM DO POVO. LEGISLAÇÃO PERTINENTE. EFEITOS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 5, XXXVI, DA CF/88. 1-) No caso dos autos restou demonstrado que as plataformas de pesca foram construídas sobre a praia, em total desacordo com as normas assecutorias do livre usufruto do como coisa comum ao povo, sem que se permita qualquer obstáculo, seja ao acesso a praia ou ao que a ela venha a ser pelo homem agregado, violando ainda normas ambientais de proteção da Zona Costeira e do ecossistema marinho da plataforma continental. Ao Ministério da Marinha cabe, precipuamente, o exercício do poder de polícia quanto à segurança da navegação, sendo incompetente para fornecer qualquer autorização para construção em bem da União, o que demonstra a irregularidade do ato expedido e elide qualquer presunção de legitimidade e legalidade na sua feitura e efeitos. (...) (TRF 4 REGIÃO – APELAÇÃO CÍVEL 2001.0401019468/RS, 3ª TURMA, DJU 3/7/2002, Relator. JUIZ CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ) (grifei)

Verifica-se que o réu Paolo de Flippis, em sua contestação e manifestações em relação aos fatos lhe imputados relativos à construção irregular de píer, bem como em face do pedido de demolição, sustenta, em síntese, que “foi emitido parecer favorável à construção e existência do píer por parte da Marinha do Brasil”, que “o píer já está construído há muito tempo, aproximadamente 10 anos”, que “não se trata de construção prejudicial ao meio ambiente”, que “a denúncia realizada à época da autuação foi direcionada ao terreno vizinho que possuir de fato um arrocamento de dimensões consideráveis”, que “a construção é apenas uma prancha de pedras”, tendo ainda feito referência a “fato consumado” e às Resoluções SMA 21/2008 e Resolução SMA 04/2002, que tratam de “licenciamento ambiental de estruturas localizadas nas margens e nas águas interiores e litorâneas” (fl. 100/108 e 306/313).

Contudo, o réu não se desincumbiu de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora (CPC, art. 373, inciso II), referente à comprovada irregularidade da construção do píer de sua propriedade, visto que em desacordo com as normas de proteção ambiental (Decreto nº 49.215/2004, art. 34, § 2º, do Governo do Estado de São Paulo).

De fato, não se verifica qualquer prova do autor de que o píer não se encontra situado em “faixa entre-marés”, que não “seja classificada em sua totalidade como Z1M”, ou que “não houver acesso terrestre”, necessários para se afastar a aplicação do Decreto nº 49.215/2004, art. 34, § 2º, do Governo do Estado de São Paulo.

Em face do evidente impacto no meio ambiente, a construção do píer requer prévio procedimento de licenciamento ambiental pelo órgão ambiental estadual competente (CETESB), nos exatos termos do art. 10 da Lei nº 6.938/81:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e ativida-

des utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011) (Grifo nosso).

Outrossim, *não prevalece a alegação* de que “o píer já está construído há muito tempo” e de “fato consumado” (fl. 100/108), visto que *para a regularidade e legalidade do píer desde a sua construção, deve atender a todas as normas de proteção ambiental*, o que *não se verificou ocorrer no presente caso*, que conta inclusive com *manifestação expressa da CETESP quanto à irregularidade do píer, não havendo direito adquirido à degradação ambiental*.

Ainda, conforme *Ofício 710/2010 da Secretaria de Patrimônio da União – SPU*, consta ainda a informação no sentido de que “conforme solicitação de subsídios acerca da construção do píer em nome de Paolo de Filippis, informamos que não há autorização. Apenas há um pedido para sua regularização protocolado sob o nº do processo administrativo nº 04977.010622/2009-14” (fl. 206).

Assim, a partir do *conjunto probatório* acostado aos autos restou *suficientemente demonstrado* que o réu realizou a construção de píer nas proximidades da Rua Capricórnio, nº 745, Bairro Santa Rita, em Ubatuba-SP, em área conhecida como *Península Porcher*, em desacordo com as normas e leis de proteção ao meio ambiente (Decreto nº 49.215/2004, art. 34, § 2º, do Governo do Estado de São Paulo), sendo que, apesar da tentativa conciliatória deste Juízo ao designar audiência para eventuais tratativas entre as partes para resolução da controvérsia (CPC anterior, art. 125, inciso VI), não houve qualquer êxito na conciliação para solução da presente lide, ante a inviabilidade de regularização administrativa do píer, conforme *informação técnica do órgão ambiental responsável CETESB* (fl. 301).

Portanto, uma vez provocado a apreciar eventual ocorrência de *lesão ou ameaça a direito*, e tendo o Poder Judiciário promovido os atos necessários à resolução da questão controvertida que lhe foi submetida, mediante *tentativa de conciliação* entre as partes e *necessária produção de provas*, inclusive em observância à *efetividade da jurisdição* e aos *princípios do non liquet* (CPC, art. 140) e da *inafastabilidade da jurisdição* (CF, 5º, XXXV), impõe-se que seja dado cumprimento à *Constituição Federal* e à *legislação* que compõe o ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual o reconhecimento da *procedência desta ação demolitória* proposta pelo Município de Ubatuba é medida que se impõe.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para, *confirmando a tutela antecipada* concedida nos autos (fl. 82), **CONDENAR** o réu Paolo de Filippis a:

A) *obrigação de fazer* a partir da *demolição do píer de sua propriedade* construído nas proximidades da Rua Capricórnio, nº 745, Bairro Santa Rita, em Ubatuba-SP, em área conhecida como *Península Porcher*, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir do trânsito em julgado desta sentença, removendo todos os detritos do local às suas custas, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, bem como

C) *obrigação de fazer* a partir da *recuperação da vegetação e área suprimida*, que deve ser realizada a partir da apresentação de *projeto de recuperação ambiental* da área degradada, nele incluindo *cronograma das atividades*, perante a CETESB, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir do trânsito em julgado desta sentença, para aprovação, implantação e monitoramento pelo prazo de 3 (três) anos.

Em caso de não cumprimento da demolição e remoção dos detritos pelo réu, ficam AUTORIZADOS o autor Município de Ubatuba, o Estado de São Paulo (CETESB), a União (assistente litisconsorcial) e o Ministério Público a procederem aos atos necessários para a demolição do píer e remoção dos detritos às suas custas, ou através da realização de convênio ou parceria com a Administração Pública direta ou indireta, ressalvado o direito de regresso em face do réu Paolo de Filippis, com subsequente informação a este Juízo acerca dos atos realizados, assumindo o ônus processual de sua inércia.

Após o trânsito em julgado, expeça-se *mandado de demolição* do píer construído nas proximidades da *Rua Capricórnio, nº 745, Bairro Santa Rita, em Ubatuba-SP*, em área conhecida como *Península Porcher*, devendo o Executante de Mandados estender seu cumprimento em face de eventuais terceiros desconhecidos e incertos que porventura sejam encontrados na área objeto da lide, tal como descrita ao longo desta sentença. Deverá ainda o Executante do Mandado cumprir a ordem judicial na presença do representante da CETESB, que assinará o termo de demolição.

Condeno a parte ré ao pagamento das *custas processuais*, bem como aos *honorários de sucumbência* que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, observados os critérios do art. 85, do Código de Processo Civil.

Ciência ao Ministério Público Federal, inclusive para que seja *intimado, juntamente com a União Federal (SPU), a tomar as providências necessárias* em relação à *verificação de efetiva regularidade ou não do píer existente no imóvel vizinho ao do réu Paolo de Filippis* (vide fotos às fls. 314/315), com subsequente informação nestes autos acerca dos atos realizados, na esfera administrativa ou judicial.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba-SP, ____ de junho de 2016.

Juiz Federal Substituto GUSTAVO CATUNDA MENDES

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

0009132-86.2013.4.03.6182

Embargante: TAMBORÉ S/A

Embargada: FAZENDA NACIONAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DA CAPITAL - SP

Juiz Federal: ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2016

Trata-se de embargos à execução fiscal aforada para cobrança de receitas não-tributárias (receitas patrimoniais), consistente em aforamento nos períodos entre 1990/5 e 2003/7 e em laudêmio em 2002.

A executada, citada em 30.06.2010, opôs exceção de pré-executividade, parcialmente acolhida para reconhecer a prescrição dos créditos representados pela CDA Nº 80.6.08.034608-10 e o cancelamento da CDA Nº 80.6.09.027975-11.

Restaram em cobrança, portanto, os valores inscritos sob o nº 80.6.09.029306-10, ou seja, de laudêmio referente ao período de 2002, vencido em 07.02.2008, notificado ao devedor em 14.05.2009 e acrescido de multa de mora de 30%, de correção monetária e juros de mora.

Em face desse débito remanescente, a parte embargante alegou o quanto segue:

- a) O domínio útil do imóvel foi transferido a José Ramos Ferreira, em 05 de junho de 2002.
- b) A lavratura do instrumento é condicionada à apresentação de certidão do SPU;
- c) Por intermédio da Certidão de Autorização de Transferência nº 1.485/2001, foi certificado o recolhimento do laudêmio no valor de R\$ 7.939,98;
- d) Pede-se portanto o reconhecimento da extinção do crédito inscrito;
- e) A exigência de diferença desrespeita o princípio do contraditório. No mesmo sentido, a reavaliação do domínio útil não poderia ser levada a efeito sem a intimação da parte embargante, nem mesmo sem a apresentação de laudo de vistoria.

Recebi os embargos com efeito suspensivo a fls. 68.

Impugnação a fls. 71 e seguintes, que assim resumo:

- a) Pede-se a “extinção do feito sem resolução do mérito” em relação à inscrição nº 80.06.08.034608-10;
- b) O laudêmio deve corresponder a 5% do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias, recolhendo-se previamente à transferência onerosa inter vivos;
- c) A enfeiteuse de bem público é regida por normas próprias, cabendo à Administração impor o cumprimento das cláusulas exorbitantes como, no caso, a atualização do valor do domínio pleno. A Administração pode anular seus próprios atos. Assim, nada há demais na cobrança suplementar do valor do laudêmio.

A fls. 84 e seguintes, em réplica, a parte embargante insistiu em seus pontos de vista.

Determinei a requisição do processo administrativo (fls. 91), que veio reproduzido a fls. 93 e seguintes. As partes tiveram oportunidade de manifestação, a fls. 192 e ss. e a fls. 199.

Não há necessidade de outras provas.

Passo a fundamentar e a decidir.

TÓPICO IMPERTINENTE DA IMPUGNAÇÃO

Não há necessidade ou interesse no sentido de que os embargos sejam extintos, sem resolução de mérito, com respeito à inscrição nº 80.6.08.034608-10 (laudêmio do exercício de 2002). O pedido deduzido pela parte embargante refere-se apenas à inscrição remanescente de nº 80.6.09.029306-10. A cobrança dos demais créditos já foi afastada nos próprios autos da execução fiscal (fls. 52/5 destes embargos e fls. 90/2 daqueles), como detalhei ao relatar, restando definitivamente decidida a matéria nos autos do Agravo nº 2012.03.00.028832-9/SP.

MÉRITO – DOS FATOS COMPROVADOS NOS AUTOS

Nestes embargos discute-se o crédito inscrito sob o nº 80.6.09.029306-10, ou seja, de laudêmio referente ao período de 2002, vencido em 07.02.2008, notificado ao devedor em 14.05.2009 e acrescido de multa de mora de 30%, de correção monetária e juros de mora.

Referido crédito relaciona-se com imóvel situado no “Residencial Tamboré I”, Barueri, Estado de São Paulo, identificado perante a SPU pelo registro nº 6213.0002256-62. Seu domínio útil foi alienado em 05.06.2002 por escritura pública (fls. 57/9). Na oportunidade foi apresentada a certidão de autorização de transferência nº 1.485/2001 (fls. 116-v), que espelhava o recolhimento do laudêmio no valor de R\$ 7.939,98 (DARF de fls. 60; cálculo em 07.03.2001 a fls. 111-verso). Em seguimento, foi calculada diferença no valor original de R\$ 9.565,78 (fls. 134-verso), que, acrescida de juros e multa, totalizou R\$ 13.852,20, na notificação nº 2.482/2009 (fls. 62/3), da qual resultou a inscrição ora discutida.

A diferença corresponde à reavaliação do domínio útil do imóvel no âmbito do procedimento SPU nº 10880.017057/00-15, procedida em 02.10.2007, conforme consta de fls. 129/30.

Ainda se verifica que um interessado não identificado teve vista e ciência dos autos administrativos somente em 2009 (fls. 153-verso), depois de expedida a notificação aos “responsáveis” (fls. 153).

MÉRITO – SÍNTESE DOS FATOS

Em síntese, a Administração Pública representada pela Secretaria do Patrimônio da União forneceu ao interessado na alienação do domínio útil a certidão competente, para que fosse apresentada quando da lavratura da escritura pública de venda, ostentando como fato certo o recolhimento prévio do laudêmio devido à União. Em momento posterior e sem a ciência do administrado recalculou o valor do domínio útil, com lastro nas inovações da Portaria nº 293, de 04 de outubro de 2007, resultando desse recálculo uma diferença de laudêmio que, com os acréscimos de atualização monetária, multa e juros compõem a inscrição em curso de cobrança no executivo fiscal.

Tais fatos são comprovados pela extensa documentação constante dos autos e restaram, ademais, incontroversos.

MÉRITO – ENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS FATOS

A diferença de laudêmio ora em cobrança resulta da revisão do ato administrativo que o calculou à época da alienação levada a efeito pela parte embargante. Ora, sob esse gênero pode-se dizer que o ato administrativo pode ser retirado por (a) revogação (por conveniência e oportunidade); (b) invalidação (por ilegalidade); (c) cassação (porque o destinatário deixou de cumprir condições para a permanência do ato); (d) caducidade (porque sobreveio norma que tornou impossível a continuidade); (e) contraposição (porque emitido ato fundado em competência diversa e sentido contrário); e (f) pela renúncia de seu beneficiário.

O recálculo com efeitos retroativos procedido na espécie dos autos não se enquadra bem em nenhuma dessas categorias. Não há falar em revogação porque se tratava de ato vinculado, não se cogitando de razões de oportunidade e conveniência. Nem invalidação, porque o acerto inicial não era ilegal. Nem das demais hipóteses acima elencadas, porque evidentemente não foram preenchidos seus elementos materiais.

Faço notar que a lei vigente à época dos fatos (Decreto-lei nº 2.398/1987) exigia o recolhimento do laudêmio previamente, em quantia correspondente a 5% do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias. Como restou demonstrado da prova dos autos, a Administração calculou inicialmente esse “valor atualizado” e, posteriormente, modificou os critérios pelos quais se aperfeiçoaria a atualização. Dito de outra forma: o serviço de patrimônio modificou o conceito de “atualização”. Essa modificação de critérios foi aplicada retroativamente relativamente a alienação ocorrida tempos antes, decorrendo daí uma pretensão de exigir diferença de laudêmio.

Dessume-se das asserções do representante da União que se pretende enquadrar essa “revisão”, ora na hipótese de anulação do ato administrativo, ora na hipótese de revogação. Mas nenhum desses enquadramentos se afeiçoa ao caso concreto, como passarei a demonstrar.

A anulação ou invalidação, com efeitos retroativos à data de emissão do ato inválido, seria a premissa mais adaptada aos anseios da Administração, porque no caso houve mesmo retroatividade. Mas invalidação pressupõe que o ato invalidado, independentemente de ter natureza vinculada, fosse ilegal na origem. Isto é, que tivesse defeito quanto ao sujeito, ao objeto, à forma, ao motivo ou à finalidade. A União foi incapaz de explicitar que vício teria o ato original. Defeito não se presume. Talvez a União pretenda que fosse vício de objeto, mas não se pode levar a sério tal afirmação porque, como ficou dito, a atualização do valor do domínio útil, base para o cálculo do laudêmio, deu-se segundo os critérios existentes à época da emissão do ato, critérios esses modificados em momento posterior. E pior, sem a explicitação e a transparência que se poderia esperar.

De revogação não há que cogitar, igualmente. Pois a revogação opera efeitos *ex nunc* (cessados os motivos de conveniência e oportunidade). Ela não pode retroagir, contrariamente ao que ocorre com a anulação. E, repito, na hipótese houve retroação.

Resta óbvio que a embargada não logrou justificar, nem pelo teor do procedimento administrativo, nem em suas manifestações em Juízo, que tipo de “revisão” procedeu – pelo menos revisão que se ajustasse ao perfil jurídico necessário.

A justificativa de que a enfiteuse pública está sujeita a cláusulas exorbitantes não convence. Cláusula exorbitante não dispensa a Administração de observar o princípio da legalidade e de proceder conforme ao Direito na revisão de atos administrativos. E, de outro lado, não a exime de observar a boa-fé no trato com o administrado.

Estudos recentes têm destacado a necessidade de a Administração observar a boa-fé nos contratos que celebra (por todos, menciono NASSA, Thulio Caminhoto. *A boa-fé no regime jurídico de direito administrativo*. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005). Esse dever pode ser relacionado com o princípio da moralidade, hoje positivado no texto Constitucional. Pois bem, da boa-fé exsurgem como manifestação concreta diversos deveres anexos ou colaterais, como o dever de informar, de colaborar para a realização do fim do contrato, de agir com transparência, de não prejudicar o interesse econômico da outra parte, etc.

Mas a boa-fé não se limita aos contratos celebrados pela Administração Pública. Ela deve

ser observada na emissão (e também na retirada) *de qualquer ato administrativo*. Para que não se fique no campo das generalidades, daí resulta que o Estado deve evitar, na prática de seus atos, a adoção de comportamentos contraditórios ou o desprezo para com as expectativas legítimas que tenha gerado nos administrados.

A propósito da aplicabilidade da boa-fé em sentido objetivo, isto é, proibidade de conduta, no Direito Administrativo em geral, preleciona o advogado da União Márcio Luís Dutra de Souza:

Entre nós, são poucos os trabalhos doutrinários a respeito da boa-fé no Direito Público, em contraposição aos estudos no âmbito do direito privado. A aplicação do princípio da boa-fé, no âmbito do Direito Público, sofreu resistências, mormente por ser um instituto típico de direito privado, lá surgido e desenvolvido, sob o argumento da existência de uma separação rígida entre os direitos público e privado.

A resistência, em um caráter histórico, vem do Estado Liberal, onde havia uma concepção individual burguesa da sociedade civil, na qual propugnava a separação entre a sociedade e o Estado, garantia da liberdade dos cidadãos. Com efeito, havia um campo onde o Estado não devia intrometer-se, imune à atividade estatal, concernente às atividades econômicas. Na esfera privada, em linhas gerais, estava ligado às idéias de autonomia da vontade e de interesse privado em contraposição ao direito público, onde se vinculava às de interesse público, da relação jurídica de subordinação e justiça distributiva.

No entanto, quando o Estado assumiu o papel de agente fomentador do desenvolvimento social, houve amplas consequências sobre o Estado de Direito, na medida em que ocorreu um grande desenvolvimento do direito público, com repercussões no próprio direito privado, pois se alterou a própria concepção dos direitos individuais burgueses, que passaram a sofrer limitações em face dos princípios que contemplavam uma igualdade não só formal, mas também material: o direito de propriedade e a autonomia de vontade dos contratantes, por exemplo, cediam espaço aos princípios da função social da propriedade e da supremacia do interesse público.

Dentro desse paradigma, o direito privado se viu conformado por preceitos de direito público e social, e, assim, o direito privado não estava mais restrito a autodeterminação individual, mas também objetivava a justiça social, alterando-se os limites do direito privado e do direito público. Logo, não mais se concebe o direito público e privado como dois círculos fechados, mas “como uma única elipse com dois focos como centros de irradiação, sendo um o direito privado; outro, o público – entre os quais se encontra um setor influenciado por ambos”.

Portanto, a boa-fé perdeu suas referências exclusivamente jusprivatistas, considerando também o atual Estado Democrático de Direito que, além de assegurar a participação popular democrática e consensual na condução das decisões administrativas, impõe, de forma mais necessária que no direito privado, a tutela de um comportamento de boa-fé por parte da Administração, pois o Estado, face ao seu gigantismo, exercia um poder demasiadamente amplo em relação aos cidadãos componentes da sociedade, de forma que deve ser submetido a maiores regras.

(SOUZA, Márcio Luiz Dutra. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA REPERCUSSÃO NA INVALIDAÇÃO ADMINISTRATIVA, disponível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/10399422.)

Em outro excerto do mesmo artigo, o mesmo autor conclui:

Tendo em vista que a boa-fé regula toda a atividade administrativa, como princípio informador da Administração Pública, é indubitável que a autotutela da Administração sofre influxos da boa-fé, pois impõe várias condicionantes para a invalidação dos atos administrativos. Este

sentido se revela na vedação à aplicação retroativa de nova interpretação, de forma que não possam vir a anular os atos anteriores, sob o pretexto de que foram praticados com base em errônea interpretação; a fixação de prazos para anulação dos atos administrativos; a modulação dos efeitos dos atos administrativos inválidos, por meio do qual o ato é anulado, porém, sem aplicação dos efeitos retroativos à data em que foram praticados.

Com efeito, no campo das nulidades, o princípio da boa-fé visa impedir que os administrados sejam surpreendidos por modificações do direito positivo ou pela conduta do Estado, que possam ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes expectativas, mesmo que tais interesses e expectativas advenham de atos em dissonância com a ordem jurídica.

Enfim, o princípio da boa-fé impõe o dever do gestor público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação de confiança mútua, a ser regido pelas relações jurídico-administrativas, porque os postulados do Estado Democrático de Direito, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, não se realiza sem que seja garantido ao administrado o direito a uma Administração Pública confiável e leal. (*ibidem*)

Esse tema – boa-fé objetiva - apareceu no debate entre as partes disfarçado como necessidade de observância do devido processo legal. Mostrou a parte embargante inconformismo com a falta de atenção da SPU para com o “contraditório”. Na sua maneira de enquadrar o assunto, deveria ter sido intimada para manifestar-se, quando da revisão do valor supostamente devido a título de laudêmio. No entanto, pode objetar-se a essa peculiar forma de classificar os fatos subjacentes que o procedimento em questão não era de natureza contenciosa e nem é assim regulado pela lei. Haveria que forçar um pouco as coisas e asseverar que surgiu um “momento contencioso” quando o débito, inicialmente tido por extinto, foi recalculado. Esse argumento apresenta suas dificuldades, mas não é absurdo a ponto de que não possa ser acolhido.

Faço um interlúdio para mencionar que há precedentes no sentido de que o contraditório é desnecessário para a atualização do valor do laudêmio (v.g., RESP . 1.381.818–SC) . Mas se trata de casos diferentes do presente. No caso dos autos a atualização foi efetuada, emitindo-se a respectiva certidão e *a posteriori* revista sem motivação plausível.

Pessoalmente, prefiro enquadrar a questão sob o ponto de vista do devido processo legal substantivo. A administração do patrimônio da União havia gerado, para o enfiteuta, a expectativa legítima de que seu débito estava liquidado. Tudo levava a crer assim. Qualquer pessoa suporia que foi assim. O valor do imóvel foi estimado – e conseqüentemente a expressão do laudêmio – segundo a lei e os critérios administrativos vigentes à época da emissão da certidão necessária à lavratura da escritura de transmissão do domínio útil. Recolhido o valor e ultimada a alienação em boa forma jurídica, tinha o antigo enfiteuta toda confiança de que seu débito estava extinto e que não seria mais incomodado pela União a esse título. Porque, insisto, esse ato administrativo não foi ilegal, nem trazia em sua conformação qualquer indício de que pudesse sê-lo. Certamente, a União não conseguiu demonstrar qualquer defeito nele.

Ora, ao recalculá-lo com critérios administrativos retroativos – agora derivados de Portaria emitida *ex post facto* o valor do imóvel - e, por consequência necessária, do laudêmio – apurando-se diferença a pagar, a Administração violou a boa-fé objetiva, pois incorreu em conduta contraditória com atos previamente aperfeiçoados. Incorreu em violação do “non venire contra factum proprium”, criando surpresa para seu ex-contratante que não se afeiçoou com o bom Direito.

Conclusivamente, o crédito espelhado no título executivo não se revela dotado da necessária liquidez e certeza, posto que: (a) derivou de retirada de ato administrativo anterior sem a observância dos pressupostos de Direito necessários; e (b) não se reconcilia com o princípio

constitucional da moralidade, na medida em que derivou de comportamento contraditório da Administração, agredindo também o princípio do devido processo legal em sentido substantivo; e (c) é razoável, afinal de contas, a objeção apresentada pela parte embargante, de que o laudêmio não poderia ser, NESTE caso, recalculado sem a intimação para regular contraditório (violação do devido processo em sentido adjetivo).

DOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO. ARBITRAMENTO COM FULCRO NO ART. 85, PAR. 3º, I, CPC DE 2015. CAUSA ENVOLVENDO QUESTÃO SIMPLES, PREDOMINANTEMENTE DE DIREITO.

O Código de Processo Civil de 2015 é imediatamente aplicável aos feitos em curso, a partir de sua vigência em 18.03.2016 (STJ, Enunciado Administrativo nº 01, Sessão de 02.03.2016). Ele comanda a condenação em honorários, por ocasião da sentença, do vencido ao advogado do vencedor (art. 85), em limites percentuais calculados sobre o valor do proveito obtido, da condenação ou da causa atualizado, conforme cabível e certas circunstâncias envolvendo o trabalho do profissional, a importância e a complexidade do feito. Sendo parte a Fazenda Pública, termo que compreende as pessoas jurídicas de direito público, suas autarquias e fundações públicas, devem ser respeitados certos limites máximos dos coeficientes, que variam entre 1% e 20% do valor do proveito econômico, da condenação ou da causa, conforme o caso. Os presentes embargos têm natureza desconstitutiva e na inicial foi atribuído um valor não contestado, equivalente ao valor exequendo, devendo sua expressão atualizada ser considerada para os fins legais. A hipótese dos autos comporta-se no art. 85, parágrafos 2º, 3º, I e II, 4º, 5º e 6º, do CPC/2015, arbitrando-se os honorários sobre o valor exequendo, atualizado, no mínimo legal, por se tratar de causa de processamento simples, sem dilação instrutória, com prova eminentemente documental e matéria predominantemente de Direito. E, também, por não haver circunstância notável a observar quanto aos demais critérios legais.

DISPOSITIVO

Com supedâneo nos fundamentos declinados, **JULGO PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO.** Condeno a embargada ao pagamento de honorários, arbitrados, na forma da fundamentação, em 10% do valor exequendo atualizado. Desconstituo o título executivo e determino que se traslade cópia desta sentença para os autos do executivo fiscal. Oportunamente, remetam-se os autos ao arquivo, observadas as cautelas de estilo.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Juiz Federal ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

AÇÃO PENAL

0006118-52.2014.4.03.6120

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: ALEX JÓIA DOMINGUES CARLOTA E ADRIANO JÓIA DOMINGUES CARLOTA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2016

I - RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de ALEX JÓIA DOMINGUES CARLOTA e ADRIANO JÓIA DOMINGUES CARLOTA (qualificados na denúncia) imputando-lhes a prática do crime de calúnia majorada (art. 138 c/c art. 141, II do Código Penal). Segundo a denúncia, em 20/03/2013 os acusados imputaram falsamente ao Delegado de Polícia Federal Fernando Biondo Salomão fatos definidos como crimes de falsidade ideológica e de ameaça.

A denúncia foi recebida em 02/07/2014 (fl. 51).

Na resposta à denúncia (fls. 96-97) a Defesa de ADRIANO sustentou que o réu nunca teve a intenção de caluniar o Delegado Fernando Biondo Salomão.

A resposta à denúncia do réu ALEX está encartada às fls. 105-112. De largada a Defesa sustentou que a denúncia é inepta, pois não individualiza as condutas imputadas aos réus. De resto, sustentou que não há prova de que o acusado agiu com o dolo de caluniar a autoridade policial federal.

Os pedidos de absolvição sumária não foram acolhidos e a instrução teve prosseguimento. Em 4 de fevereiro de 2016 realizou-se a audiência, ocasião em que se tomou o depoimento do ofendido e realizou-se o interrogatório dos réus.

Em suas alegações finais (fls. 347-349) o MPF argumentou que as provas comprovam a ocorrência do crime de calúnia indicado na denúncia, pois restou demonstrado que os acusados imputaram ao Delegado de Polícia Federal Fernando Biondo Salomão a prática do crime de ameaça, sabendo que dita autoridade não cometera tal delito. E embora os réus tenham se retratado no curso desta ação penal, não fazem jus à causa de extinção da punibilidade prevista no art. 143 do Código Penal, uma vez que se está diante de ação penal pública condicionada.

Os réus apresentaram memoriais conjuntos, juntados às fls. 217-227. De partida a Defesa pugnou pela extinção da punibilidade dos réus em razão da retratação plena e espontânea. Caso esse pedido não seja acolhido, requereu a absolvição dos réus por atipicidade da conduta.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

De partida enfrente a questão da retratação dos agentes, iniciando pela análise do cabimento dessa causa de extinção da punibilidade no presente caso.

O art. 143 do Código Penal estabelece que “O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena”. E conforme será visto de forma mais detida em outro momento, no interrogatório realizado nesta ação penal os réus se retrataram de qualquer interpretação que tenha sugerido que ambos foram ameaçados pela autoridade policial federal, ou que este tenha forjado os termos de depoimentos que instruem

a comunicação de prisão em flagrante.

A questão que se coloca neste momento é a seguinte: é cabível a extinção da punibilidade pela retratação no caso de ação penal pública condicionada?

A jurisprudência dominante, acompanhada de boa parte da doutrina, posiciona-se no sentido de que é incabível a retratação nos crimes contra a honra praticados contra funcionário público, nos casos em que a ação penal não é privada, mas sim pública condicionada (hipótese dos autos). Esse entendimento se escora em variados fundamentos, dos quais destaco os seguintes: (1) o art. 143 do Código Penal fala em *querelado*, figura que é exclusiva das ações penais privadas; (2) nesses casos a lesão não atinge apenas o agente caluniado, mas a própria Administração, o que intensifica o grau de reprovabilidade da conduta; (3) no caso de ação penal pública condicionada, a retratação se mostra incompatível com o princípio da indisponibilidade.

De minha parte, não me parece que essa seja a melhor interpretação a respeito do tema. Sempre presente o respeito a quem entende de forma diversa, não creio que o legislador tenha pretendido conferir tratamentos distintos para um mesmo delito a partir de um *discrímen* baseado em elemento acessório, no caso o exercente da titularidade da ação penal, se a própria vítima ou o Ministério Público.

A propósito do tema, transcrevo percutiente crítica de CEZAR ROBERTO BITENCOURT contra a corrente que entende inadmissível a retratação nos casos de ação pública condicionada¹:

Em primeiro lugar, deve-se ter presente que os crimes contra a honra, ao contrário do que ocorre com todo o Código Penal, são, de regra geral, de exclusiva iniciativa privada (art. 145, *caput*), enquanto em todos os demais capítulos do Código Penal os crimes são, regra geral, de ação pública (art. 100, *caput*). Essa inversão da regra pode ter levado o legislador a equívoco, falando em “querelado” como se esse pudesse ser o único sujeito ativo desses crimes, quando teria pretendido referir-se a acusado ou ofensor; em segundo lugar, como afirmava Hungria, “A retratação é mesmo mais útil ao ofendido do que a própria condenação penal do ofensor, pois esta, perante a opinião geral, não possui tanto valor quanto a confissão feita pelo agente, coram iudice, de que mentiu”. Ora, se é tão útil na ação de exclusiva iniciativa privada, não pode ser menos útil e proveitosa nos crimes de ação pública, onde a repercussão na opinião é mais relevante, exatamente pela importância do prestígio dos órgãos públicos; em terceiro lugar, finalmente, não é verdadeiro o argumento de que, quanto a ofensa for irrogada a “funcionário público em razão de suas funções”, o sujeito passivo não será o indivíduo, mas o Estado ou Administração Pública, e não se objetiva a proteção imediata da incolumidade pública, mas a do Estado, “para preservar a integridade de seus órgãos e funções”. Se essa assertiva fosse verdadeira, ação penal não poderia ser pública condicionada à representação, mas deveria ser pública incondicionada, e, *ad argumentandum*, sendo condicionada, a representação do funcionário público deveria ser *sui generis*, isto é, irretratável; no entanto, não há nenhuma ressalva nesse sentido. Na verdade, quem decide se deseja ou não responsabilizar criminalmente o ofensor é o indivíduo — sujeito passivo da ofensa — e não o Estado, pois é aquele que decide se representa ou não contra o ofensor; e, como todos os demais ofendidos dos crimes de ação pública condicionada, pode decidir, enquanto não for “oferecida denúncia”, se deseja ou não “retratar-se” (art. 102). Afinal, que ofendido é esse — o Estado — que não pode (mesmo sendo o titular do *ius puniendi*) decidir pela instauração da ação penal sem a representação do verdadeiro ofendido (funcionário público) e tampouco pode impedir que este, mesmo após ter

1 Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa — 12. ed. rev. ampl. — São Paulo : Saraiva, 2012, p. 388-389.

representado, se desinteresse, desistindo da representação?

Ora, convenhamos, continuar afirmando que, nesses crimes, o verdadeiro sujeito passivo é o Estado e não o indivíduo e que objetiva primordialmente proteger a função pública e não a honra daquele é “forçar demais a barra”, é o cego que não quer ver, é enxergar a floresta sem ver as árvores; é enfim, ignorar o verdadeiro bem jurídico protegido, além de desconhecer que os crimes contra a Administração Pública estão disciplinados em outro capítulo.

Embora esse ponto não tenha sido tratado no fragmento acima transcrito, anoto que o princípio da indisponibilidade que orienta as ações penais públicas também não é óbice à extinção da punibilidade com fundamento na retratação do agente. É que esse efeito (a extinção da punibilidade) independe da concordância do titular da ação penal, não importa se ele é o ofendido ou o Ministério Público. Conforme anotado pela Defesa nas alegações finais, os requisitos para que retratação resulte na extinção da punibilidade são três e são os seguintes: a) a retratação deve partir do querelado (leia-se: ofensor); b) deve ser cabal, vale dizer, plena, inequívoca e incondicional e; c) deve ser realizada antes da sentença. Preenchidas essas três condições, é o que basta para a extinção da punibilidade do agente, ainda que se trate de ação penal pública condicionada, como se passa no caso dos autos.

Porém, apesar de entender que é possível a extinção da punibilidade por conta da retratação do agente quando a calúnia é apurada em ação penal pública condicionada, não tenho como ignorar que a jurisprudência, de forma generalizada, tem rejeitado a ideia da extinção da punibilidade pela retratação nesses casos. Esse é o entendimento solidificado no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, do STJ e do próprio STF.

É bem verdade que no âmbito do STF há sinais de que a jurisprudência sobre esse tema poderá ser revisitada. Com efeito, embora não tenha encontrado julgado recente que se debruce especificamente sobre a questão da retratação no âmbito das ações penais públicas condicionadas, o exame detalhado do conteúdo de alguns precedentes cuja temática é o crime de calúnia sinaliza uma mudança de rumo na posição da Corte sobre o tema, ou no mínimo a reabertura do debate.

Nesse sentido, cito dois julgados em que essa questão é tratada de modo indireto, iniciando pelo HC 107.206, julgado em 06/03/2012 pela Segunda Turma do STF, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes. Nesse caso, o relator, escorando-se na mesma lição doutrinária que transcrevi há pouco, admitiu a retratação nos crimes de calúnia praticados contra servidor ou agente público (confira-se a seguinte passagem do voto-condutor do acórdão: “...afigura-me razoável e plenamente aceitável a retratação nos crimes contra honra praticados contra servidor ou agentes públicos, pois se observa que a Lei Penal prefere que o ofensor desminta o fato calunioso ou difamatório que atribuiu à vítima, à sua condenação”). No entanto, a ordem acabou denegada, sob o fundamento de que a alegada retratação não reunia os atributos necessários para sua configuração, aproximando-se mais de uma justificativa para o comportamento do ofensor do que um genuíno ato de redenção.

O outro caso que merece destaque é o RHC 114.187, julgado em 04/06/2013 pela Primeira Turma, tendo como relator o Ministro Dias Toffoli. Nesse caso, o relator negou provimento ao recurso interposto contra decisão do STJ que assentou não ser possível apresentar retratação em ação pública condicionada, mas o fez, aparentemente, por entender que no caso em questão o exame da suposta ilegalidade dependeria de incursão no acervo fático-probatório, o que não é possível na via estreita do *habeas corpus*. E embora na fundamentação o relator tenha transcrito excertos de doutrina e do parecer do PGR no sentido da incompatibilidade

da retratação em caso de calúnia contra servidor público, a denegação não se fundamentou de forma expressa nesse ponto de vista, ou, nas palavras do Ministro Dias Toffoli, “... sem me comprometer com a tese da possibilidade de aplicação do disposto no art. 143 do Código Penal na ação penal pública condicionada”. Cabe destacar, ainda, que nesse julgado ficou vencido o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, admitindo a retratação nos casos de ação pública condicionada.

Por aí se vê que aparentemente a questão ainda suscita controvérsias, e muito provavelmente será tema de novo exame pelo STF no futuro. No entanto, até que a discussão ganhe novos contornos, curvo-me ao entendimento sedimentado da jurisprudência em torno do assunto, sobretudo por parte do STJ. Nesse ponto, observo que na perspectiva desta ação penal, a admissibilidade da retratação se apresenta como questão de direito, pois o presente caso não possui peculiaridade que justifique o afastamento da tese fixada de forma tranquila (ao menos até aqui) pela jurisprudência.

Entretanto, por dever de consciência, preciso admitir que uma das razões que me dão tranquilidade para decidir de forma contrária às minhas convicções neste caso é o fato de que o afastamento da retratação não prejudicará os réus, uma vez que em minha compreensão não restou comprovado o crime de calúnia, em razão da ausência do elemento subjetivo, no caso, o dolo de macular a honra objetiva do ofendido.

É disso que passo a tratar.

Conforme narra a denúncia, em 23/01/2013, ALEX e ADRIANO foram presos em flagrante por policiais militares pela prática dos crimes de tráfico internacional de drogas e de importação de medicamento sem registro pela ANVISA. O auto de prisão em flagrante foi lavrado pelo Delegado de Polícia Federal Fernando Biondo Salomão, na Delegacia de Polícia Federal de Araraquara.

Interrogados pela autoridade policial quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, os réus admitiram a prática dos delitos, isentando de responsabilidades as duas moças que lhes acompanhavam na viagem. O inquérito deflagrado a partir da prisão em flagrante resultou em ação penal movida contra ALEX e ADRIANO (autos nº 000508-40.2013.403.6120).

Sucede que por ocasião do interrogatório na ação penal, os réus apresentaram versão bem distinta daquela que consta nos termos de depoimentos prestados por ocasião da prisão em flagrante. Questionados pela juíza a respeito da divergência, os réus disseram que não declararam aquilo que consta em seus termos de depoimento, e só assinaram o documento porque ameaçados pelo delegado, o qual teria dito que se não assumissem a propriedade da droga e dos medicamentos, suas companheiras também seriam presas.

Com base nesse panorama, o MPF imputa aos réus a prática do delito previsto art. 138 do Código Penal c/c art. 141, II deste mesmo diploma legal.

Os interrogatórios prestados pelos réus ALEX e ADRIANO quando de suas prisões em flagrante podem ser consultados às fls. 07-09 (ALEX) e 10-12 (ADRIANO) do apenso que reproduz a ação penal 000508-40.2013.403.6120. Em linhas gerais os depoimentos são coincidentes, e narram os seguintes fatos: ambos se deslocaram à região de Foz do Iguaçu, já com o propósito de transportar certa quantidade de droga do Paraguai até o Estado de São Paulo, pelo que receberiam dez mil reais a ser dividido entre os dois; viajaram acompanhados das namoradas, que não tinham conhecimento do objetivo da viagem nem mesmo de que a droga fora ocultada no veículo; assim que os policiais que os abordaram localizaram a droga, ALEX e ADRIANO assumiram a autoria do delito, isentando já naquele momento as respectivas com-

panheiras. É importante ressaltar que quando prestaram o depoimento no auto de prisão em flagrante, os réus estavam acompanhados de Advogado, aliás, o mesmo que os defendeu na ação penal que apurou o crime de tráfico e na fase final do presente feito.

Sucede que quando interrogados na instrução da ação penal derivada da prisão em flagrante, os réus apresentaram uma versão bem distinta para os fatos. Segundo a denúncia que abre este feito, a calúnia resulta desses depoimentos. Em razão da importância para o julgamento da causa, segue um resumo dos depoimentos, em transcrição livre, observando que a íntegra pode ser consultada no CD da fl. 211 do apenso que reproduz a ação penal.

ALEX JOIA: Eu, meu irmão, a Tatiane e a Raissa viajamos juntos para o Paraguai. Lá em Foz do Iguaçu deixamos o carro num estacionamento e fomos de táxi para o Paraguai, fazer compras. Eu só soube dos remédios e da droga depois que a polícia achou. Quando pegamos o carro de volta, não percebi nada de errado, nem mesmo algum cheiro estranho. Eu não falei na polícia que sabia da droga; eu segurei a droga e o Pramil na polícia porque o delegado me ameaçou, dizendo que se a gente não assumisse a droga ele iria prender as duas meninas; acho que o delegado se chama Fernando.

Nesse momento a Juíza pergunta ao Advogado dos réus, o mesmo que os assistiu quando do interrogatório na fase policial, se ele presenciou as ditas ameaças proferidas pelo interrogatório, ao que o Dr. Daniel Manduca Ferreira respondeu o seguinte:

Não se tratou de uma ameaça. Na verdade ele sugeriu que ficaria complicada essa situação... nunca disse expressamente ou ameaçou de alguma forma. Eu estava presente, então posso falar... ficou subentendido que se ninguém assumisse a responsabilidade pela droga, poderia prender os quatro... mas ele também não ameaçou de prisão.... deixou tudo subentendido.

Na sequência, retomou-se o depoimento do réu:

ALEX JOIA: Eu retiro tudo o que disse na fase policial. Não sei de onde tiraram as informações do depoimento. Deve ter sido do depoimento do meu irmão, que foi ouvido primeiro. Para o delegado eu expliquei como foi a viagem do jeito que estou explicando agora. Mas eu assinei o depoimento sem ler. O delegado falou que se não falasse daquela maneira, ficaria todo mundo preso, sendo que eu e as meninas não tínhamos nada a ver com isso. Não sei se meu irmão sabia da droga.

ADRIANO JOIA: Eu confesso que sabia da droga. Nos dirigimos a Foz do Iguaçu, deixamos o carro lá e fomos ao Paraguai de táxi, para fazer compras. No dia seguinte, voltamos ao Paraguai de táxi, deixando o carro num estacionamento. Quanto à droga, o que acontece é o seguinte: eu fiquei preso por alguns meses e acabei contraindo uma dívida na cadeia; Quando saí, disseram inicialmente que poderia ficar tranquilo, pagando aos poucos. Mas depois comecei a receber ligações dizendo que tinha que pagar a dívida o mais rápido possível, de uma vez só. Como eu não tinha meios de pagar, disseram que eu poderia pagar trazendo uma droga. Aconteceu que combinei a viagem com minha esposa, meu irmão e a namorada dele para o Paraguai e combinei com as pessoas que estavam me cobrando que na volta pararia num determinado posto de combustíveis perto de Marília, deixando a chave no contato. Paramos nesse posto para comer algo e fiz como o combinado. Depois peguei o carro de volta e prosseguimos a viagem. Eu não falei nada que tem naquele depoimento na Polícia Federal. O delegado Fernando disse que se eu e meu irmão não assumíssemos a droga, ele prenderia nós dois e as nossas acompanhantes. Como fiquei com medo, assinei o depoimento daquele jeito. Meu irmão sabia que pararíamos em Marília, mas não sabia da droga. O depoimento que prestei não corresponde aos fatos. O que aconteceu de fato é o que estou declarando agora.

Pois bem.

O bem jurídico tutelado pelo tipo penal da calúnia é a honra objetiva, definida por DAMÁSIO DE JESUS² como sendo a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc. Enquanto a honra subjetiva é o sentimento que temos a respeito de nós mesmos, a honra objetiva é o sentimento alheio incidindo sobre nossos atributos.

O crime se caracteriza quando o agente imputa ao ofendido fato definido como crime. Para configuração do delito, o agente deve imputar à vítima fato determinado, individualizando as circunstâncias que permitem sua identificação, embora não seja necessária a descrição de detalhes minuciosos. O tipo também exige que a imputação seja falsa. A falsidade pode estar relacionada tanto ao fato em si quanto a respeito da autoria delitiva. E mais: exige-se que o agente tenha conhecimento da falsidade do fato imputado, vale dizer, da inocência da vítima.

O exame do elemento subjetivo é de fundamental importância quando se trata de delito contra a honra, especialmente no caso da calúnia, vez que o dolo integra a própria conduta típica. O dolo deve ser dirigido ao dano, ou seja, consubstancia-se no desejo de atacar a honra do ofendido, aviltá-la perante a sociedade imputando-lhe a prática de crime de que o sabe ser inocente. Dito em uma linha, exige-se que o sujeito ativo atue animado pelo chamado *animus caluniandi*.

No caso concreto, infere-se que os réus, no curso de interrogatório judicial em ação penal que lhes imputava a prática dos crimes previstos nos art. 33, *caput*, c/c art. 35 e 40, I e V da Lei nº 11.343/2006 (no caso, tráfico internacional e interestadual de drogas em concurso com o crime de associação para o tráfico) e art. 273, § 1º, I do Código Penal (importação proibida de medicamentos), teriam imputado ao Delegado de Polícia Federal Fernando Biombo Salomão fatos definidos como crimes, no caso falsidade ideológica e ameaça. É que no interrogatório prestado em juízo, os réus não confirmaram o teor dos depoimentos que teriam prestado quando da prisão em flagrante; disseram que só assinaram os depoimentos porque a autoridade policial federal os ameaçou de que se não assumissem a propriedade da droga, suas companhias de viagem também seriam presas.

Todavia, entendo que as provas não demonstram a presença do elemento subjetivo exigido pelo tipo penal, vale lembrar, o *animus caluniandi*. Em minha compreensão, ao negar o teor das declarações prestadas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante e atribuir ao delegado a proclamação de ameaças, os réus não tinham o propósito de caluniar a autoridade policial federal, mas sim enfraquecer a admissão e culpa feita em sede policial, numa tentativa, algo desesperada, de evitar a condenação. Dito de outra forma, ao dizerem o que disseram os réus não visavam macular a honra do caluniado, mas sim evitar a própria responsabilização quanto aos crimes imputados, ou no mínimo limitar essa responsabilidade a apenas um dos agentes, no caso, ADRIANO JOIA; — não é preciso dizer que esse esforço foi debalde.

Está certo que a causa especial de exclusão da antijuridicidade prevista no art. 142, I do CP (*Não constituem injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador*) irradia efeitos apenas em relação aos tipos ali mencionados (injúria e difamação), de sorte que não pode ser alargada para acolher também o crime de calúnia. De fato, se a intenção do legislador fosse essa, certamente faria referência expressa à calúnia, tal qual proposto no anteprojeto do novo Código Penal, ainda em trâmite

2 Direito penal, 2 : parte especial : Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio — 22. ed. rev. atual. — São Paulo: Saraiva, 1999, p. 197.

no Congresso Nacional³.

No entanto, isso não quer dizer que a eventual imputação, no curso de ação judicial, de fato definido como crime necessariamente constituirá calúnia. Conforme visto há pouco, não há crime de calúnia sem a demonstração do elemento subjetivo, consistente na vontade dirigida a ofender a vítima. Se aquilo que é visto como ofensa foi claramente lançado com outra finalidade que não a de assacar outrem, não há crime, uma vez que ausente o elemento essencial ao tipo.

Para melhor compreensão do que se quer dizer, invoco novamente a lucidez de CEZAR ROBERTO BITENCOURT⁴:

Além do dolo, é indispensável o *animus caluniandi*, elemento subjetivo especial do tipo, que parte da doutrina entende desnecessário. A calúnia exige, afinal, o especial fim de caluniar, a intenção de ofender, a vontade de denegrir, o desejo de atingir a honra do ofendido, que, se não existir, não tipificará o crime. Inegavelmente, crimes contra a honra não se configuram sem o propósito de ofender, que é o elemento subjetivo especial do injusto. Assim, é suficiente que as palavras proferidas sejam inidôneas para ofender; faz-se necessário que sejam proferidas com esse fim, especialmente em determinados meios sociais, onde é comum a utilização de palavras de baixo nível, até mesmo para elogiar alguém. Nesses casos falta o propósito de ofender, não se configurando crime contra a honra. Evidentemente, cabe a quem imputou demonstrar que não agiu com o objetivo de macular a honra do ofendido. Há, na hipótese, certa inversão do ônus da prova.

Na verdade, uma variedade de *animus* pode excluir, de alguma forma, a “responsabilidade penal” do agente: *animus jocandi* (intenção jocosa, caçoar); *animus consulendi* (intenção de aconselhar, advertir), desde que tenha dever jurídico ou moral de fazê-lo; *animus corrigendi* (intenção de corrigir), desde que haja relação de autoridade, guarda ou dependência, exercida em limites toleráveis; *animus defendendi* (intenção de defender), que, inclusive, em relação à injúria e difamação, é excluído expressamente pelo art. 142, I, do CP e pelo Estatuto da OAB; *animus narrandi*, quando o agente limita-se a relatar ou narrar o que sabe e deve fazer. Enfim, qualquer *animii* que, de alguma forma, afaste o *animus offendendi* exclui o elemento subjetivo. Na verdade, todas essas hipóteses relacionam-se melhor à injúria e à difamação, uma vez que no crime de calúnia a exigência do elemento cognitivo do dolo, qual seja, a consciência de que a imputação é falsa, afasta a própria tipicidade: não há crime de calúnia sem o conhecimento da inocência do imputado.

Corroborando que a ideia de que as expressões tidas como ofensivas foram lançadas com *animus defendendi*, é importante resgatar o interrogatório dos réus nesta ação penal, em que ambos esclarecem que a autoridade policial federal não os obrigou a responder desse ou daquele jeito; antes pelo contrário, deixou claro que os flagrados tinham o livre arbítrio de responder ou não as perguntas que lhes seriam formuladas. E tanto um quanto outro admitiu nesta ação penal que o teor dos depoimentos que prestaram perante a autoridade policial federal corresponde exatamente ao que eles declararam na ocasião.

Questionado sobre a divergência entre o depoimento que prestou nos autos da ação penal nº 000508-40.2013.403.6120, o acusado ADRIANO argumentou que “[a partir de 3min55s] eu contei a versão meio que em cima dos fatos... mas o senhor sabe, a gente quando tá em

3 O anteprojeto encaminhado ao Senado Federal em agosto de 2011 estabelece o seguinte: “Art. 141. Não constituem difamação ou injúria: I – a ofensa irrogada em juízo ou fora dele, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador, inclusive a calúnia; (...)”.

4 Op. cit. p. 328.

juízo tentativa de melhorar a situação da gente”. Destacou que em momento algum teve a intenção de prejudicar o delegado; antes pelo contrário, pois o DPF Salomão foi muito gentil com ambos.

Embora menos detalhado, o depoimento do acusado ALEX segue essa mesma toada. Ensaçou a desculpa de que na ação penal não confirmou o depoimento que prestara na fase policial porque estava nervoso, mas refutou a alegação de que fora ameaçada pelo delegado ou que este tenha forjado os termos do depoimento.

Revisitando o depoimento prestado pelos réus quando interrogados em juízo na ação penal nº 000508-40.2013.403.6120, não me convenci de que os réus negaram o teor do depoimento prestado quando da prisão em flagrante porque estavam nervosos, mas estou seguro de que os acusados não visavam caluniar o Delegado de Polícia Federal. Para mim está claro que os réus disseram o que disseram com o objetivo de melhorar a própria situação no processo, numa tentativa de livrar completamente o acusado ALEX e minorar tanto quanto possível a situação de ADRIANO, por exemplo, afastando o caráter transnacional do tráfico.

Tudo somado, entendo que os fatos narrados não constituem crime, uma vez que não evidenciado o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal (*animus caluniandi*) impondo-se, assim, a absolvição dos acusados.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, ABSOLVO os réus ALEX JÓIA DOMINGUES CARLOTA e ADRIANO JÓIA DOMINGUES CARLOTA, o que faço com fundamento no art. 386, II do Código de Processo Civil.

Sem custas.

Encaminhe-se cópia desta sentença ao Delegado de Polícia Federal Fernando Biondo Salomão (art. 201, § 2º do CPP).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 6 de junho de 2016.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

AÇÃO PENAL

0001710-72.2015.4.03.6123

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: CLÁUDIO JOSÉ BUENO DA SILVA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA- SP

Juiz Federal: GILBERTO MENDES SOBRINHO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2016

Trata-se de ação penal movida pelo *Ministério Público Federal* contra *Cláudio José Bueno da Silva*, CPF nº 341.568.2018-89, imputando-lhe a conduta descrita como crime no artigo 33, § 1º, I, c/c artigo 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Narra-se na denúncia, em síntese, que no dia *20 de junho de 2014*, a alfândega da Receita Federal em São Paulo interceptou encomenda que continha 21 sementes da substância “*Cannabis sativa Lineu*”, popularmente conhecida como “maconha”, remetida da Holanda e destinada ao acusado, com endereço na rua José Adriano Marrey Júnior, nº 544, centro, nesta cidade.

O acusado apresentou defesa prévia (fls. 50/54).

A denúncia foi recebida em *01.03.2016* (fls. 76).

O acusado foi citado (fls. 87) e interrogado (fls. 98 e 120).

Por ocasião da instrução criminal, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela Defesa (fls. 99/100 e 120).

As partes não requereram diligências complementares (fls. 97).

O *Ministério Público Federal*, em seus memoriais de fls. 122/124, requereu a condenação do acusado nos termos da denúncia.

A *Defesa*, em seus memoriais de fls. 128/141, requereu sua absolvição, sob os seguintes argumentos: a) o acusado é viciado em maconha; b) adquiriu as sementes para uso próprio; c) não sabia da ilicitude da importação; d) a conduta é atípica; e) o fato não pode ser enquadrado no dispositivo referido na denúncia.

Feito o relatório, fundamento e decido.

Há prova de materialidade de fato previsto como crime na Lei nº 11.343/2006, consubstanciada no auto de apresentação e apreensão de fls. 08 e laudo pericial de fls. 15/18, onde se atesta que as sementes são frutos aquênios da “*Cannabis sativa Lineu*”, popularmente conhecida como “maconha”.

O fato de, conforme a perícia, o resultado ter sido negativo para o alcalóide TETRA-HIDROCANNABINOL, não torna atípica a conduta.

Com efeito, consoante adequadamente consignado no laudo pericial, a planta *Cannabis sativa Lineu* “está relacionada na lista de plantas proscritas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas (lista e) constante da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, republicada no Dou em 1º de fevereiro de 1999, bem como em Anexo da RDC/AN-VISA nº 39 (resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária) datado de 9 de julho de 2012, que atualiza a lista de substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e outras sob controle especial, sendo proibida a importação, a exportação, o comércio, a manipulação e o seu uso”.

Nesse caso, as sementes em referência constituem substância entorpecente para o fim de incidência da Lei nº 11.343/2006.

Ficou incontroverso, nos autos, que o acusado adquiriu, por meio de sítio hospedado na rede mundial de computadores (Internet), de pessoa residente na Holanda, as 21 sementes de maconha, mediante pagamento eletrônico por cartão de crédito.

Assente também ficou que as sementes foram remetidas daquele país e interceptadas na cidade de São Paulo – SP, sem que o acusado chegasse a recebê-las no lugar de destino.

O acusado confessou em Juízo a aquisição das sementes, afirmando que pretendia semeá-las para futuramente consumir as plantas cultivadas. Aduziu ser viciado em maconha. Referiu que não sabia da proibição do comportamento.

Não é crível que o acusado não soubesse da ilicitude da conduta, já que é notório que o cultivo de maconha não é autorizado por lei, ao passo que as sementes não têm outra finalidade senão a de realizar a lavoura.

Patente, então, que o acusado importou dolosamente as sementes para si, é preciso julgar se o fez para cultivo destinado ao consumo próprio das plantas ou se pretendia expor à venda ou, de qualquer modo, entregar a consumo de terceiros o produto de sua futura lavoura.

Os critérios para tal julgamento emergem do comando do artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

Na situação concreta dos autos, as sementes, caso todas germinassem, renderiam 21 plantas de maconha, que, porém, só se tornariam exuberantes sob condições climáticas favoráveis – o que não se sabe se ocorreria nesta cidade –, e desde que o acusado lhes dispensasse pertinentes cuidados botânicos.

Diante desta irrisória quantidade de plantas, sujeitas, ainda, às vicissitudes encimadas, estimo que não poderiam formar lavoura capaz de propiciar a comercialização da erva porventura produzida.

Ademais, não emergem dos autos circunstâncias, ligadas à pessoa do acusado, indicativas de que pudesse se dedicar ao cultivo da maconha com propósitos comerciais.

Observo que nem mesmo ostenta antecedentes criminais por práticas relacionadas ao comércio de drogas.

Concluo, pois, que as plantas oriundas da eventual germinação das sementes se destinavam ao consumo próprio do acusado.

A conduta do acusado, destarte, se amolda ao tipo do artigo 28, *caput*, e § 1º, da Lei nº 11.343/2006, já que *adquiriu* sementes com que *semear*, *cultivar* e, depois, *colher*, para *consumo pessoal*, *pequena quantidade* de substância entorpecente “*Cannabis Sativa Linneu*”, produto sabidamente capaz de causar dependência psíquica.

Como afirma CARLOS MAXIMILIANO, “interpreta-se a lei penal, como outra qualquer, segundo os vários processos de hermenêutica” (*in* *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed., Rio, Forense, 1980, pág. 321).

Destarte, também na seara criminal, o parágrafo não deve ser interpretado isoladamente, mas em consonância com o “caput” do dispositivo, notadamente quando a interpretação isolada conduz ao inverossímil.

Ora, não é possível colher sem cultivar, nem cultivar sem semear, nem semear sem antes adquirir as sementes.

Por esse singelo motivo, o § 2º do transcrito artigo 28 não contempla apenas as condutas de semear, cultivar e colher a substância entorpecente, mas também a necessária conduta antecedente de adquirir sementes para estas finalidades.

Nesse caso, não ocorre interpretação extensiva, obviamente vedada em matéria penal. Verifica-se, sim, inteligência gramatical e lógica da norma, escoreita do ponto de vista do imperativo da exegese estrita.

De outra parte, *a específica conduta do acusado objeto desta ação* não configura o tipo do artigo 33, § 1º, da Lei nº 11.343/2006, deste teor:

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

A norma em tela abarca condutas tendentes à facilitação do consumo da droga por terceiros, seja gratuitamente, seja contra pagamento em dinheiro ou outra utilidade.

Note-se que o dispositivo traz a mesma objetividade jurídica do revogado artigo 281 do Código Penal, sobre o qual ensinava NELSON HUNGRIA (*in* *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed., Rio, Forense, 1959, vol. IX, pág. 139):

Não é partícipe do crime, em hipótese alguma, a pessoa que usa ou a que é aplicado ou destinado à aplicação o entorpecente. Como indica a rubrica do artigo (“comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecente”), o crime é o contribuir para o desastrosos vício atual ou eventual de outrem (que a lei protege ainda que contra sua própria vontade). O viciado atual (já toxicômano ou simples intoxicado habitual) é um doente que precisa de tratamento, e não de punição (vejam-se os arts. 27 e segs. do dec.-lei nº 891). Quanto ao cliente ainda não viciado, não deixa de ser uma vítima do perigo a ser empolgado pelo vício, e não um criminoso.

Vê-se, pois, pelo elemento histórico, que não é lícito o enquadramento, como traficante, do agente que pratica as condutas típicas visando unicamente atender seu vício permanente ou eventual.

Tanto o revogado artigo 281 do Código Penal quanto a disciplina dos artigos 12 e 16 da antiga Lei nº 6.368/76 são nesse sentido, de modo que, hodiernamente, é justo concluir que o que distingue os tipos do artigo 28 dos do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 é a destinação da substância: naqueles, o destinatário é o próprio agente; nestes, são terceiros, figurando o traficante como aquele que contribui “para o desastroso vício atual ou eventual de outrem”, nas palavras de Nelson Hungria.

Tratando-se, portanto, de importação de sementes de maconha, ocorrerá subsunção ao artigo 33, § 1º, da Lei nº 11.343/2006, apenas quando comprovada a *destinação mercantil* ou *difusão do uso* delas próprias ou das plantas decorrentes de sua germinação.

No caso dos autos, como vimos, as sementes e futuras plantas se destinavam ao próprio acusado, sem que haja evidências de que as fosse comercializar ou difundir-las graciosamente a terceiros.

Havendo regramento próprio para a importação de drogas ou suas sementes, inclusive para uso próprio, a conduta não pode ser enquadrada no artigo 334-A do Código Penal, que tem como elemento *mercadoria proibida*, desde que não constitua objeto material de crime específico, como nas hipóteses de entorpecentes ou armas de fogo, estas previstas no artigo 18 da Lei nº 10.826/2003.

O crime do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 se consumou, dada a realização do elemento da definição legal consistente em *adquirir*, para semear, cultivar e colher, uma vez que ficou incontroverso nos autos que o acusado adquiriu as sementes na Holanda, por meio da Internet.

Incide, no caso, o artigo 383 do Código de Processo Penal, eis que, estando contida na denúncia a conduta de importar as sementes de maconha, é lícito ao Juízo atribuir-lhe definição jurídica diversa.

Não se patenteia a insignificância penal da conduta, uma vez que ofende a saúde pública.

As circunstâncias pessoais do acusado não refletem na configuração da materialidade do fato e sua autoria.

Na dosimetria da pena, observo o seguinte.

Nenhuma das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal se apresenta desfavorável ao acusado, motivo pelo qual, considerada a aquisição de 21 sementes de maconha, fixo o prazo de 4 (quatro) meses para a pena de prestação de serviços à comunidade, a ocorrer em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas, a ser designado no Juízo da Execução.

Para a garantia do cumprimento de tal pena, caso haja desídia por parte do acusado, fixo multa no patamar mínimo de 40 (quarenta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente, nos termos do artigo 29 da Lei nº 11.343/2006.

Ante o exposto, julgo *parcialmente procedente* a pretensão acusatória para *condenar* o réu *Cláudio José Bueno da Silva*, CPF nº 341.568.2018-89, a *prestar serviços à comunidade*, pelo prazo de 4 (quatro) meses, em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos,

que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas, a ser designado pelo Juízo da Execução, por infringência ao artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, aplicando-lhe, para o caso de descumprimento da medida, multa de 40 (quarenta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente, nos termos do artigo 29 da mesma lei.

Transitada em julgado a sentença, seja o nome do réu registrado no rol dos culpados.

O réu poderá recorrer em liberdade.

Custas pelo réu.

À publicação, registro, intimações e comunicações.

Bragança Paulista, 21 de junho de 2016.

Juiz Federal GILBERTO MENDES SOBRINHO

AÇÃO PENAL

0011942-66.2015.4.03.6181

Autor: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: G.S.S.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL - SP

Juíza Federal: RENATA ANDRADE LOTUFO

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 12/09/2016

Vistos.

A. RELATÓRIO

Trata-se de ação penal proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em desfavor de G.S. S., qualificado nos autos, como incurso nas penas do artigo 157 *caput* e § 2º, incisos I, II e III, do Código Penal.

Narra a denúncia que no dia 26 de setembro de 2015, por volta das 12hs, na altura do nº 28 da Rua Clóvis Vaz de Souza, Cidade Dutra, nesta Capital, o carteiro E.P.S. sofreu um assalto praticado pelo réu em concurso com outros indivíduos não identificados.

O carteiro foi abordado por dois rapazes que utilizavam uma motocicleta Honda prata sem placas. Um deles portava arma de fogo e anunciou o assalto. Ato contínuo, outros 5 (cinco) rapazes vieram para ajudar a descarregar as 33 (trinta e três) encomendas que estavam no interior no veículo dos Correios.

No dia dos fatos não houve prisão em flagrante.

Posteriormente, o carteiro reconheceu o acusado por fotografia como sendo um dos rapazes que o abordou e que dava ordem aos demais. Mencionou que o reconheceu também por uma rosa tatuada no braço. Foram arroladas 3 (três) testemunhas.

A denúncia foi recebida em 06 de outubro de 2015, e o acusado foi regularmente citado em 17 de novembro de 2015 (fl. 51), ocasião em que declarou não possuir condições de constituir defensor particular.

A Defensoria Pública da União foi nomeada para atuar em defesa de G. (fl. 62), tendo apresentado resposta à acusação arrolando as mesmas testemunhas da denúncia e também a mãe do acusado como informante (fls. 66/67).

Ausentes quaisquer hipóteses de absolvição sumária foi determinado o regular prosseguimento do feito (fl. 68).

Em 19 de maio de 2016, foi realizada audiência de oitiva de duas das testemunhas comuns, conforme fls. 94/99-vº e mídia audiovisual de fl. 97. Na ocasião foi determinada a oitiva da testemunha referida (Delegado D.I.N.) e da testemunha do juízo o PM R.H.A. Foi, ainda, deferida a substituição da defesa da testemunha E. pelo informante C.S.F.

Em 21 de junho de 2016, foi realizada audiência de oitiva de uma testemunha comum (carteiro), uma testemunha referida, dois informantes e foi realizado o interrogatório do réu (fls. 117/125 e mídia audiovisual de fl. 123).

Na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, as partes nada requereram (fl. 124).

O Ministério Público Federal apresentou os seus memoriais às fls. 129/132-vº, pugnando pela condenação do acusado nos termos da denúncia, afirmando estar configurada a materialidade delitiva e a autoria.

A Defensoria Pública da União, atuando na defesa de G., apresentou memoriais às fls. 134/173, pugnando pela improcedência da ação penal pelos seguintes motivos: a) ausência de justa causa, especialmente quanto aos indícios de autoria, com o reconhecimento da ilegalidade de todo o conjunto probatório (artigo 386, V do CPP); b) existência de provas de que o acusado não concorreu para a infração penal (artigo 386, IV, do CPP); ou subsidiariamente, com base no artigo 386, VII, do CPC por ausência de provas suficientes para a condenação. Por fim, em caso de condenação requer: a fixação da pena base no patamar mínimo; a atenuante prevista no artigo 65, I do CP; a inaplicabilidade das causas de aumento de pena previstas no § 2º, I e III do artigo 157 do CP, e, a fixação do regime aberto.

A 101ª DP de São Paulo trouxe os documentos de fls. 181/197, e as partes tomaram ciência à fl. 198-vº.

Antecedentes *negativos* criminais em apenso.

Este o breve relatório.

Passo, adiante, a fundamentar e decidir.

B - FUNDAMENTAÇÃO:

A ação merece ser julgada *improcedente*.

Chegado o momento da análise da prova para apurar a denúncia de roubo aos Correios, foi colhido em juízo os depoimentos de dois policiais civis, um delegado da Polícia Civil, o carteiro vítima, e a mãe e o padrasto do acusado como informantes.

Além disso, tem-se a notícia de que o carteiro - *única testemunha ocular* - foi submetido a dois reconhecimentos fotográficos e um reconhecimento pessoal na fase policial, e, um reconhecimento pessoal na fase judicial.

O fato de a testemunha ter reconhecido o acusado na fase judicial, com todos os cuidados legais regularmente adotados por este juízo já seria um bom indício para a condenação.

E, consoante a jurisprudência expressiva do e. Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento fotográfico, por si só, não pode ser considerado inapto, como bem resumido na seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE. PROVA CONFIRMADA EM JUÍZO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O reconhecimento fotográfico é plenamente apto para a identificação do réu e a fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por outros elementos idôneos de convicção, como na hipótese, em que o ato realizado na fase inquisitiva foi confirmado em juízo e referendado por outras provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, HC224831/MG, DJe de 01/08/2016).

Porém, muito embora o quadro probatório demonstre *indícios* de autoria corroborados pelo reconhecimento judicial, há de se sopesar o que sucedeu neste *caso específico*.

Como magistrada, presidi a última audiência, mas, agora por ocasião da prolação da sentença, ouvi com atenção e de forma sequencial todos depoimentos em audiovisual: as quatro testemunhas e duas informantes. Cotejar os depoimentos com a análise apurada dos documentos é o necessário para “reconstruir” os fatos como se fosse historiadora, e, assim examinar a presença ou ausência de lógica nas versões apresentadas ao juízo.

Consoante Michele Taruffo:

Uma narrativa dos fatos jamais pode ser (especialmente em um processo) algo já pronto e acabado que cai do céu na mesa de um advogado ou de um juiz. Pelo contrário: as narrativas são *construídas* por seus autores, frequentemente através de atividades criativas, complexas e sofisticadas. Essa construção não é uma descrição passiva, abstrata ou neutra dos fatos: como já dito, as narrativas *constroem os fatos* que são contados. (...) Construindo a sua narrativa, o autor “dá forma à realidade”.¹

E, Taruffo continua, ao estabelecer os tipos de narrativas: boa e falsa, ruim e falsa, boa e verdadeira, e, ruim e verdadeira², cabendo ao magistrado, por ocasião da sentença analisar qual é o caso.

Evidentemente neste processo, a maioria das narrativas, em especial as declarações dos dois policiais R.R.P. e M.F. foram *ruins*. As perguntas foram feitas e refeitas muitas vezes, em um ato processual longo que deixou os presentes em muitos momentos confusos e perplexos. Foi consignado pelo magistrado, ainda, a grande probabilidade de depoimento ensaiado com comunicação entre as testemunhas, ferindo o disposto no artigo 210 do Código de Processo Penal que dispõe que “as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras” (conferir mídia de fl. 97 e termo de deliberação de fls. 98/99-vº).

Reconstruindo os fatos, o que se sabe com certeza é que o carteiro E. foi assaltado por volta do meio dia de 26/09/2016, sábado, mas não fez o boletim de ocorrência nesta data. No sábado à noite o acusado foi à delegacia porque estava em companhia do menor infrator D.S.S., o que gerou o B.O. 8842/2015 (fls. 100/105) e a fotografia de fl. 10. Na ocasião não pesou nenhuma acusação contra G. O carteiro registrou o B.O. 8871/2015 relativo ao roubo objeto da denúncia na segunda-feira dia 28/09/2015, oportunidade em que não reconheceu ninguém nos álbuns fotográficos. Em outra oportunidade reconheceu o acusado fotograficamente. Como, quando, e em que circunstâncias foi tirada a foto de fl. 10, e como foi feito o reconhecimento fotográfico é que versou boa parte dos depoimentos e das incongruências.

Visto isso, vamos às contradições: 1) o PM R. afirma que os álbuns fotográficos de reconhecimento são separados por tipo de crime, no caso, crime de roubo. Já o PM M. afirma que os álbuns são separados por data; 2) O PM R., respondendo as perguntas do MP no final do depoimento disse que atendeu o carteiro E. com reconhecimento positivo umas quatro vezes. Por sua vez, o carteiro E. disse que já foi assaltado umas 5 (cinco) vezes, mas não reconheceu nenhum dos dois policiais quando esta magistrada mostrou-lhe suas fisionomias colhidas em depoimentos anteriores; 3) a foto de fl. 10 foi tirada pelo PM M. segundo seu próprio depoimento na noite do sábado dia 26/09/2015 por ocasião do BO8842/2015 (fls. 100/105), porém esta foto não foi mostrada ao carteiro no dia 28/09/2015.

O B.O. nº 8871/2015 de fls. 6/7 foi lavrado no dia 28/09/2015 às 10h07 da manhã. Segundo o histórico, o carteiro foi abordado por um “bandido portando arma de fogo (revólver)”, e, o mais importante:

A vítima alega ter condições de reconhecer os indiciados e nesse instante visualizou o acervo fotográfico desta Unidade, todavia não identificou seus algozes (fl. 7).

1 TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 73.

2 TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, pp. 89-90.

A seguir, às fls. 8 e 9 do inquérito consta o reconhecimento *positivo* do carteiro ainda no *mesmo dia 28/09/2015*, porém em horário ignorado, e *só aí* faz referência à rosa tatuada na mão esquerda. A foto de fl. 10, objeto de reconhecimento não contém data e, na placa segurada pelo acusado consta “RDO 8842/2015”, restando óbvio que foi tirada no dia 26 de setembro de 2015. No dia 29/09/2015, o carteiro reconheceu pessoalmente o réu, conforme documentos de fls. 11 e 12.

O carteiro E., em seu depoimento narrou a ordem cronológica da seguinte forma: 1) foi assaltado no sábado, dia 26 de setembro por volta do meio dia; 2) registrou o boletim de ocorrência na segunda-feira por recomendação dos Correios e para levar a relação da carga roubada, ocasião em que não reconheceu ninguém; 3) houve uma denúncia anônima, e na quarta ou quinta-feira o policial mostrou-lhe uma foto e ele reconheceu o réu; e, por fim, 4) no dia seguinte foi de novo na delegacia para realizar o reconhecimento pessoal.

Além da ordem cronológica não coincidir com o que está documentado, não há, de fato, a relação das cargas roubadas que ele teria levado. Outrossim, ao final de seu depoimento, esta magistrada perguntou como foi este reconhecimento, ocasião em que o carteiro afirmou *que viu a foto do acusado no celular do policial*.

Tenho sérias dúvidas se a tatuagem referida pela testemunha E. não foi um desacerto do seu inconsciente. Explico. Um assalto traz emoções para a vítima (medo, raiva, etc.). Isso pode facilitar que o inconsciente crie novas situações, já que “(...) uma das funções centrais do inconsciente é preencher as lacunas diante da informação incompleta, a fim de construir uma imagem da realidade que nos possa ser útil”³. Isto é, ao ver a foto do acusado G. isoladamente no celular do policial, o cérebro do carteiro pode ter preenchido a lacuna daquela imagem do seu algoz, para, de alguma forma, resolver o problema. A partir daí, nada impede que a fisionomia fixada pelo carteiro e reconhecida pessoalmente seja oriunda da foto do celular e não do assalto.

Por isso a importância do *reconhecimento feito por comparação*: muitas fotos juntas, e o reconhecimento pessoal com várias pessoas próximas perfiladas.

Trata-se, sim, de uma *nulidade*. E chego a essa conclusão pelo descompasso das narrativas testemunhais, pela parca instrução documental do inquérito, e, pelo fato da foto tirada ter relação a um caso em que o acusado não foi considerado possível autor de qualquer delito ou, quiçá investigado.

Está correta a indignação da Defesa, pois ao ouvir mais de uma vez nos depoimentos dos policiais e do delegado a antiga expressão “conduzido para averiguações” não parece que estamos em um Estado Democrático de Direito. É certo que cabe ao Estado policial e tentar coibir a criminalidade naqueles bairros onde já se sabe que há maior incidência de crimes, mas pode um rapaz de 18 anos que acompanhava um menor infrator e não praticou nenhum delito passar a constar de um álbum policial digital *no celular do policial*? Penso que não.

Se a foto constava por sua passagem policial aos 17 anos de idade descrita no B.O. 3317/2015 (fls. 189/193) deveria estar documentado.

De outro lado, segundo a mãe e o padrasto do acusado que prestaram depoimento como informantes, a “intimação” foi verbal e feita pelo policial que teria retido indevidamente seu documento. Não há como comprovar a referida versão, mas fato é que *não consta nenhuma*

3 MLODINOW, Leonard. *Subliminar*. Como o inconsciente influencia nossas vidas. Trad. Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 63.

intimação nos autos do inquérito.

Sendo clara a nulidade, analiso se neste caso a teoria dos frutos da árvore envenenada, ou da prova ilícita por derivação podem ser tolerados sopesando-se com outros valores relevantes em prol da razoabilidade e proporcionalidade.

Nosso sistema jurídico adotou como exceções: a limitação da descontaminação que pressupõe o rompimento do nexo de causalidade entre a prova ilícita e a nova prova; e, a limitação da fonte autônoma, quando a nova prova teria aparecido de algum outro meio (artigo 157 do Código de Processo Penal).

Neste caso, a nulidade contaminou o processo penal, e a contaminação foi percebida especialmente nas audiências de instrução. Repito: além da instrução policial deficiente, os depoimentos foram desconexos e confirmaram o modo apressado em que em *dois dias* o réu foi indiciado, inclusive, com representação por sua prisão preventiva (fls. 18/20).

Assim, repito, as nulidades foram afloradas por ocasião das audiências, motivo pelo qual estava correto o recebimento da denúncia.

As provas orais, porém, foram manchadas pela nulidade anterior, já que a construção das narrativas contribuiu para trazer à tona as ilegalidades do reconhecimento e da intimação do acusado na fase policial.

É certo também que os boletins de ocorrência trazidos às fls. 189/197 dão conta que em abril de 2015, quando ainda tinha 17 anos de idade, o acusado foi pego conduzindo um veículo furtado (B.O. 3317/205); e, no início deste ano mais uma vez foi pego em uma ronda da polícia militar a bordo de um veículo supostamente furtado (B.O. 59/2016).

Talvez G. tenha também participado do assalto ao carteiro em 26 de setembro de 2016, não existem provas cabais que ele estava a seis quilômetros de distância como tentou provar a defesa.

Mas, com esse reconhecimento via celular, testemunhos confusos e desencontrados, e inquérito mal instruído, não existem provas suficientes para a condenação.

Assim, a absolvição é devida pelo princípio do *favor rei*, ou seja, pelo aspecto processual do princípio da *presunção da inocência*: sopesando as provas no processo penal.

Desse modo, concluindo-se pela dúvida, o juiz deve absolver – *in dubio pro reo* – a fim de que o Estado não cometa uma injustiça e fira a dignidade humana de um cidadão.

C – DISPOSITIVO:

Diante do exposto, julgo IMPROCEDENTE a imputação inicial e ABSOLVO o acusado G.S.S, (qualificação) nascido em 09/05/1997, da prática do crime previsto no artigo 157 *caput* e § 2º, incisos I, II e III, do Código Penal descrito pela denúncia, nos termos do art. 386, VII do Código de Processo Penal.

Custas indevidas.

P.R.I.C.

São Paulo, 12 de setembro de 2016.

Juíza Federal RENATA ANDRADE LOTUFO

MANDADO DE SEGURANÇA**0001477-17.2016.4.03.6131**

Impetrante: LETÍCIA DIAS BERRIEL

Impetrado: DIRETOR DE FUNDOS E BENEFÍCIOS DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE

Interveniente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2016

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de mandado de segurança, com requerimento de medida liminar, impetrado por LETICIA DIAS BERRIEL em face do DIRETOR DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE. Em apertada suma, aduz a impetrante que tem direito à prorrogação da carência contratual estipulada, na medida em que está regularmente inscrita em Programa de Residência Médica – área de concentração Pediatria, junto à UNESP, a atrair, em abono de sua posição, o disposto no *art. 6º-B, § 3º da Lei nº 10.260/01*, com a redação que lhe foi dada pela *Lei nº 12.202/2010*. Aduz que a impetrada não vem dando vazão a este direito da impetrante, tanto que a mesma vem experimentado os descontos relativos às amortizações respectivas, o que configura lesão a direito líquido e certo de sua titularidade. Requereu medida liminar para sustar os pagamentos das parcelas respectivas (Contrato/FIES nº 19.0192.185.0003634-43), até o término da Residência Médica na qual se encontra devidamente matriculada, nos termos da legislação que diz aplicável à espécie. Junta documentos (fls. 12/61).

Por meio da decisão de fls. 63/64, os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita foram indeferidos, em razão do que houve o recolhimento do preparo inicial às fls. 65/67. Ainda, por força da mesma decisão, o pedido de liminar teve sua análise postergada para após o regular processamento do *writ* mandamental.

Contestação apresentada pelo *FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE* (fls. 78/79, com documentação às fls. 80/83), em que se pugna pelo reconhecimento da incompetência jurisdicional deste Juízo Federal para processo e julgamento da causa.

Informações prestadas pela autoridade impetrada, sustentando a incompetência absoluta do juízo, e ilegitimidade passiva *ad causam*; quanto ao mérito que a verificação do preenchimento dos requisitos para a obtenção do direito à extensão do prazo de carência competem ao Ministério da Saúde, e não ao FNDE. Que a situação da impetrante está em processamento perante os órgãos competentes. Pugna pela extinção da impetração. Junta documentos às fls. 89/91.

Parecer da Douta Procuradoria da República às fls. 93/96.

Vieram os autos com conclusão.

*É o relatório.**Decido.*

Preliminarmente, insta consignar que as especificidades do caso concreto não apenas permitem, bem como recomendam que a impetração da presente ação mandamental seja acei-

ta da forma como proposta na vestibular. Observe-se, no ponto, que a impetração revolve o direito de estudante de adesão (ou de permanecer aderido) ao Programa de Financiamento Educacional – FIES, programa governamental que, fato notório, tem acesso disponibilizado pelas autoridades do Ministério da Educação a todos os interessados do País por meio de uma plataforma digital, acessada através de sistema eletrônico de computadores ligados à *internet*.

O indeferimento, ou pelo menos, a negativa de acesso ou continuação a esse financiamento, no caso dos autos, também se veiculou de forma automática, isto é, via sistema interligado de computadores. Nessa conjuntura, a impetrante não sabe, tampouco tem condições de isolar quem é a exata autoridade que praticou o ato de que se lastima na inicial, configurando um excessivo e desarrazoado formalismo, uma superafetação destituída de qualquer conteúdo exigir da parte que vê o seu acesso a um pleito a que acredita ter direito coartado pelo acionamento de um programa informatizado, a indicação precisa de quem seja a autoridade coatora. Ou, por outra, determinar-lhe que impetre a segurança na Capital Federal, junto ao STJ, em face do presidente da autarquia, o FNDE. Fosse o caso, estar-se-ia a prestigiar formalismos e burocracias irracionais e despidas de qualquer fundamento, que tem endereço certo, único e bem determinado: a frustração da implementação dos direitos e garantias individuais do cidadão. Novos tempos, novas tecnologias, exigem adaptação inovadora dos intérpretes do Direito, para que situações concretas não se percam ante um cipoal burocrático normativo, do qual o cidadão não tem como se desvencilhar.

Tanto mais quando – como no caso – a indicação do pólo passivo do *mandamus* surtiu efeitos concretos, tangíveis, no que as impetradas aqui indicadas manejaram, cada qual no âmbito interno de suas atribuições, levar o caso ao conhecimento dos técnicos encarregados da análise da questão do impetrante, e, bem por isso, tiveram condições de comparecer a juízo de sorte a oferecer as suas razões de impugnação, aperfeiçoando o contraditório pelo mérito da *res in judicio deducta*, de molde a cumprir o requisito processual de fundo constitucional do *due process of law*. Prova mais do que suficiente, portanto, de que o endereçamento da petição inicial foi eficaz, porque a autoridade impetrada manejou, a partir dele, trazer às barras do Poder Judiciário as suas razões de defesa.

Remete a questão, em boa verdade, à conhecida *teoria da encampação*, segundo a qual, contestando a impetração pelo seu mérito, e desde que ausente hipótese de usurpação de atribuição administrativa – do que, *in casu*, não se cogita –, a autoridade encampa a prática do ato inquinado, revelando-se cabível, em face dela, a impetração. Largamente admitida pela jurisprudência, o precedente arrolado na sequência é do *E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*:

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – SÚMULA 7/STJ – ILEGITIMIDADE PASSIVA – SECRETÁRIO DE ESTADO – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – PRECEDENTES.

1. Não se conhece do recurso especial, quanto às questões cuja apreciação demandaria revolvimento do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.
2. Se a autoridade indicada erroneamente, mesmo tendo argüido a sua ilegitimidade, assumir a coatoria do ato, defendendo-o ao prestar informações, por economia processual, deve se aplicar a Teoria da Encampação, continuando-se no julgamento de mérito do *writ*. Precedentes desta Corte.
3. Hipótese dos autos cujas circunstâncias autorizam aplicar a Teoria da Encampação.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido (grifos nossos).

[RESP 200401820790 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 714586, Rel. Min. ELIANA CALMON, STJ, 2ª T., j. 06/12/2005, DJ DATA: 19/12/2005, p. 358]

Por tais razões, é que tenho que deva ser aceita a impetração do *mandamus* exatamente da forma como proposta pelo impetrante. Mesmo porque, é justamente a autoridade administrativa que aqui figura como impetrada a quem compete a decisão acerca do diferimento ou exigência imediata dos valores referentes à amortização do contrato aqui em epígrafe. Ainda que, por uma questão interna de divisão dos trabalhos administrativos, adotada junto ao Poder Executivo, o expediente referente à interessada possa tramitar por outros órgãos governamentais, o certo é que a decisão que corporifica lesão – ou não – lesão a direito subjetivo vindicado na impetração é da autoridade que aqui figura como impetrada, porque é ela a gestora dessas modalidades de financiamento para acesso à educação superior.

Na realidade, o caso em estudo remete à problemática do ato complexo, no qual intervêm diversas autoridades administrativas, mas, para fins e efeitos de mandado de segurança, a autoridade coatora é aquela que, com a integração do ato pela manifestação de sua vontade, ultima o conteúdo decisório do ato jurídico impetrado pelo administrado. Com a precisão que lhe é absolutamente peculiar, ensina o emérito *Professor VICENTE GRECO FILHO*:

Ato complexo é aquele em que interferem vontades de vários órgãos na formação do ato que vem a ser lesivo. *O mandado deve ser proposto contra a última autoridade que, com sua vontade, integrou o ato complexo* (g.n.).

[*Direito Processual Civil Brasileiro*, 3º vol., 12 ed., at., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 305].

Com tais considerações, *rejeito* as preliminares de incompetência jurisdicional para conhecer da impetração, e ilegitimidade passiva *ad causam* da autoridade impetrada.

Ainda à guisa de preliminar, anoto a presença do interesse de agir a animar a impetração aqui jacente, porquanto, segundo se denota das informações prestadas pela própria autoridade impetrada, efetivamente houve um requerimento articulado pela impetrante no sentido de sustar os descontos que vinham sendo processados em sua conta bancária por força do financiamento concedido, pretensão essa ainda não analisada pelos órgãos competentes. Assim, cristaliza-se a necessidade do recurso à via judicial, porquanto a tardança na análise do requerimento da interessada equivale à sua negativa, no que o suceder dos meses em que o desconto é levado a efeito perpetua lesão continuada aos direitos da requerente.

Com estas considerações preliminares devidamente assentadas, estou em que encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. A demanda está em termos de julgamento.

De fato, razão assiste à impetrante.

Daquilo que se depreende da documentação que foi agregada aos autos, em 09/07/2012 a promovente celebrou contrato de financiamento estudantil com a instituição gestora do FIES, correspondente a 50% do valor fixado pela entidade educacional para o custeio de curso de graduação na área de medicina.

Sucedede que, em curso o prazo da carência estipulada contratualmente para o início da amortização do empréstimo aqui em epígrafe (com término previsto para 05/07/2016, cf. documento de fls. 25), a impetrante foi admitida (em 01/03/2015, cf. declaração acostada às fls. 14) junto a programa oficial de Residência Médica em Pediatria, de responsabilidade do Departamento de Pediatria da Faculdade de Medicina de Botucatu – UNESP, com data de término prevista para fevereiro/2018 (cf. fls. 14).

Pois bem. Perfeitamente delineada a situação fática a permear a impetração aqui em causa, verifica-se, de pronto, a incidência, à hipótese vertente, da disposição constante do *art. 6º-B, § 3º, da Lei nº 10.260/01* (com a redação que lhe foi dada pela *Lei nº 12.202/2010*), que assegura a vigência dos efeitos do financiamento estudantil durante todo o período de formação profissional do financiado, somente se admitindo seja liberada a cobrança dos valores respectivos, quando o médico estiver em plena atividade de suas funções laborativas. Eis o texto legal, já vigente ao tempo em que efetivada a contratação do financiamento a que se refere a impetração:

Art. 6º-B. O Fies poderá abater, na forma do regulamento, mensalmente, 1,00% (um inteiro por cento) do saldo devedor consolidado, incluídos os juros devidos no período e independentemente da data de contratação do financiamento, dos estudantes que exercerem as seguintes profissões: *(Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)*
(...)

§ 3º. O estudante graduado em Medicina que optar por ingressar em programa credenciado Medicina pela Comissão Nacional de Residência Médica, de que trata a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, e em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde terá o período de carência estendido por todo o período de duração da residência médica. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010) (g.n.).

Em complementação, anote-se que, em *25/08/2011*, foi publicada a *Portaria Conjunta nº 2, da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde*, que definiu dezenove especialidades médicas consideradas prioritárias para o SUS, dentre as quais anota-se a *Pediatria*, especialidade de residência da ora impetrante.

Assim composto o panorama jurídico do dissídio que ora vem a talho, outra conclusão não resta que não a constatação, em cognição exauriente própria desse momento procedimental, de efetiva lesão a direito líquido e certo da impetrante a ser corrigido pela via heroica do *mandamus*, inclusive mediante a implementação de tutela liminar, até o momento não analisada.

Impende consignar, por oportuno, que – exatamente no sentido do que até agora vem se sustentando – a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais vem chancelando a tese de que, até a formação completa do profissional de medicina (o que, nos casos de determinadas especialidades, inclui o período oficial da Residência) deve remanescer obstada a exigência correspondente à amortização do montante principal financiado. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. CURSO DE MEDICINA. RESIDÊNCIA MÉDICA. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE CARÊNCIA. RAZOABILIDADE. SUSTAÇÃO DE COBRANÇA DE MENSALIDADES. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS SATISFEITOS. APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA PARA O ESTUDANTE. PRECEDENTES. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO DA AGRAVANTE. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

1. O cerne da questão consiste em saber se é possível a prorrogação da cobrança das parcelas relativas ao FIES, durante o prazo de sua residência médica.
2. A agravante se insurge contra a decisão que indeferiu o pedido de liminar para que fosse respeitado o período de carência do FIES até o término da sua residência médica, sob alegação, em síntese, de que não há nenhuma menção no instrumento contratual, de qualquer limitação do período de carência entre a colação de grau e a aprovação da residência médica, e que o direito à prorrogação da carência do financiamento passa a existir logo após a sua aprovação na residência.

3. Aduz que o art. 6º-B, parágrafo 3º, da Lei nº 10.260/01 garante ao estudante que ingressar na residência a extensão da carência do FIES, e que será prejudicada pelas cobranças antecipadas do financiamento estudantil durante a residência médica, uma vez que não tem condições de arcar com a dívida, apenas com o valor da bolsa estudantil.
4. O MM Juiz de 1ª grau proferiu decisão interlocutória pela improcedência do pedido de prorrogação do pagamento FIES, em virtude da residência médica em pediatria, por considerar que a agravante foi aprovada na referida residência após o decurso do período de carência constante no instrumento contratual firmado perante as partes, ora litigantes.
5. A agravante é médica graduada pela FCM - Faculdade de Ciências Médicas e colou grau em 27/06/2013. Para poder cursar a faculdade, a agravante recorreu ao FIES, por meio da CEF, em novembro de 2007.
6. O pedido deduzido na Ação mandamental foi formulado no sentido de que fosse garantida à impetrante, ora agravante, a prorrogação do prazo de carência do Financiamento Estudantil até a conclusão da Residência Médica, nos termos do artigo 6º-B, parágrafo 3º, da Lei nº 10.260/2001.
7. Numa melhor análise do caso concreto, porém, ainda, prefacial, parece que assiste razão à agravante, diante dos elementos trazidos aos autos e conforme a lei de regência, sendo suficiente a comprovação de que foi aprovada na residência médica, com ingresso em programa credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM), de que trata a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, não se mostrando razoável a suposta incompatibilidade da antecipação do prazo de carência (já que a agravante realizou o pagamento de 25 parcelas do financiamento estudantil após 6 meses da sua colação de grau - ID 376975) com a prorrogação dessa carência, em razão de fato superveniente, a sua aprovação na Residência Médica em Pediatria.
8. A previsão contratual indica o prazo de carência como sendo até o mês subsequente ao da conclusão do curso, ou antecipadamente a critério do tomador. Assim, quando estipula que o período para a amortização do financiamento será iniciado no mês subsequente ao da conclusão do curso, inviabiliza a previsão legal de permissão da prorrogação da carência quando da aprovação em residência médica, por ser muito exíguo. E, muito mais, se for levar em consideração a antecipação da carência, ocorrida no caso concreto.
9. A portaria nº 1.377/2011-GM/MS prevê que “Para obter a extensão do prazo de carência do respectivo financiamento por todo o período de duração da residência médica, o estudante graduado em Medicina deverá optar pelo ingresso em programa credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM), de que trata a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, e em especialidade médica cuja prioridade para o SUS será definida pelo Ministério da Saúde com observância dos seguintes critérios:”
10. E em seu art. 3º-A, parágrafo 1º, estabelece que “O Programa de Residência Médica ao qual o profissional médico esteja vinculado deverá ter início no período de carência previsto do contrato de financiamento”.
11. A prorrogação da carência tem previsão no parágrafo 3º do art. 6º- B da Lei nº 10.260/2001, com redação dada pela Lei nº 12.202/2010, objetivando garantir que o financiamento estudantil somente seja cobrado após a conclusão da formação profissional, quando o médico estiver em plena atividade de suas funções laborativas: “O estudante graduado em Medicina que optar por ingressar em programa credenciado Medicina pela Comissão Nacional de Residência Médica, de que trata a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, e em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde terá o período de carência estendido por todo o período de duração da residência médica.(Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)”.
12. Esta Turma possui entendimento pacificado no sentido de que nos contratos de financiamento estudantil, prevaleça a norma mais benéfica ao estudante, ainda que posterior à avença. Precedentes desta Corte.
13. O FIES, Fundo de Financiamento Estudantil do Ensino Superior, foi instituído pela Lei nº

10.260/2001, visando à concessão de financiamento a estudantes matriculados em cursos de ensino superior não gratuito, sendo caracterizado pelo seu cunho eminentemente social, visto como meio de acesso ao ensino e à formação acadêmica, instrumentalizado através de contrato firmado perante a CEF.

14. A não prorrogação da carência para amortização do FIES, sem a suspensão do pagamento das mensalidades pelo tempo requerido poderá resultar em óbice à participação da discente na Residência Médica, na medida em que inviabiliza, no caso concreto, o pagamento mensal da bolsa estudantil correspondente.

15. A agravante apenas pleiteia uma suspensão/prorrogação do prazo de carência, já que não tem condições de arcar com o pagamento concomitante da bolsa estudantil e das prestações do FIES, nesse período da sua residência, de 02/2015 a 02/2017.

16. Vislumbra-se a presença dos requisitos legais, que autorizam a suspensão do pagamento das prestações devidas ao FIES, até a conclusão da residência médica da agravante, quando haverá a continuidade do pagamento das prestações seguintes.

17. Plausibilidade do direito pleiteado pela agravante, tendo sido suficientemente demonstrada a relevância do fundamento jurídico, devendo-se a CEF efetuar a adequação sistêmica, com a determinação da sustação das cobranças mensais do FIES oriundas do Contrato de Financiamento Estudantil nº 13.0041.185.0003720-67, conforme requerido, até o julgamento final da presente demanda.

18. Agravo de Instrumento provido (g.n.).

[AG 08007774820154050000, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Quarta Turma].

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL. FIES. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE CARÊNCIA. RESIDÊNCIA MÉDICA. LEI Nº 12.202/2010. APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA AO ESTUDANTE. CABIMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Remessa oficial em face de sentença responsável por conceder a segurança a TIAGO MARTINS FORMIGA, determinando a suspensão da cobrança das prestações do Contrato de Financiamento Estudantil - FIES nº 13.0732.185.0003696-23, até a conclusão pelo Impetrante da Residência Médica em que se encontra matriculado, em face do parágrafo 3º, do art. 6º-B da Lei 10.260/2001.

2. Com efeito, a norma em comento - parágrafo 3º, do art. 6º-B da Lei 10.260/2001, introduzido pela Lei Nº 12.202/2010 - garante aos estudantes graduados em medicina a extensão do período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil por todo o período de duração da residência médica quando comprovada a concomitância de dois requisitos: a) que o graduado tenha ingressado em programa credenciado de Residência Médica pela Comissão Nacional de Residência Médica; e b) em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde.

3. *In casu*, o impetrante celebrou Contrato de Financiamento Estudantil - FIES com a CAIXA para custeio do Curso de Medicina perante a Faculdade de Medicina Nova Esperança, graduou-se em 2012 e iniciou em 2013 Residência Médica em Traumatologia e Ortopedia junto ao Centro de Ensino e Treinamento do Hospital de Emergência e Trauma Senador Humberto Lucena, com término previsto para março/2016. Em 25 de agosto de 2011, foi publicada a Portaria Conjunta nº 2, da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, que definiu dezenove especialidades médicas consideradas prioritárias para o SUS, dentre as quais destaca-se ortopedia, especialidade de residência do impetrante.

4. Neste viés, o impetrante, na qualidade de médico residente desde março do ano de 2013, faz jus à dilação de prazo de carência, conforme alteração introduzida pela Lei 12.202/2010.

5. Ademais, considerando o caráter social dos contratos de financiamentos estudantis, uma

vez que promovem a igualdade entre estudantes de variadas classes sociais, ao facilitar o acesso ao ensino superior, necessário se faz aplicação da norma mais benéfica ao estudante em tais contratos, de modo que o art. 6º-B da Lei nº 10.260/2001, incluído pela Lei nº 12.202/2010, deve ter aplicação imediata para os contratos ainda em vigor.

6. Precedentes: PROCESSO: 00003014620134058202, REO561851/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 17/10/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 24/10/2013; PROCESSO: 00019871620124058200, REO557869/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 03/09/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 12/09/2013 - Página 254.

7. Remessa Oficial não provida (g.n.).

[APELREEX 08016262920134058200, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma].

Idem:

ADMINISTRATIVO. FIES. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE CARÊNCIA. RESIDÊNCIA MÉDICA. LEI Nº 12.202/2010. APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENEFICA AO ESTUDANTE. CABIMENTO.

1. Trata-se de remessa obrigatória de sentença que concedeu a segurança pleiteada visando à prorrogação do período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil - FIES nº 13.0558.185.0003556-78, durante o período de duração da residência médica da impetrante, contados a partir de 01/03/2012 até 28/02/2014.

2. A mais alta Corte de Justiça do país já firmou entendimento no sentido de que a motivação referenciada (“*per relationem*”) não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Adotam-se, portanto, os termos da sentença como razões de decidir.

3. Objetiva a impetrante que o período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil nº 13.0558.185.0003556-78 [fl. 15 e seguintes] seja prorrogado até a conclusão de sua residência médica, nos termos da Lei nº 12.202/2010, que incluiu o art. 6º-B na Lei nº 10.260/2001, o qual, em seu parágrafo 3º, dispõe que: Art. 6º-B. [...] parágrafo 3º. O estudante graduado em Medicina que optar por ingressar em programa credenciado Medicina pela Comissão Nacional de Residência Médica, de que trata a Lei nº 6.932, de 07 de julho de 1981, e em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde terá o período de carência estendido por todo o período de duração da residência médica. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010).

4. Com efeito, a norma em comento garante aos estudantes graduados em medicina a extensão do período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil por todo o período de duração da residência médica quando comprovada a concomitância de dois requisitos: a) que o graduado tenha ingressado em programa credenciado de Residência Médica pela Comissão Nacional de Residência Médica; e b) em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde.

5. Considerando o caráter social dos contratos de financiamentos estudantis, uma vez que promovem a igualdade entre estudantes de variadas classes sociais, ao facilitar o acesso ao ensino superior, necessário se faz aplicação da norma mais benéfica ao estudante em tais contratos.

6. Nesse particular, ainda que o contrato firmado (fl. 15 e seguintes) entre a impetrante e a Caixa Econômica Federal seja anterior à modificação do prazo de carência previsto na legislação, a autora faz jus à prorrogação do prazo de carência do financiamento estudantil (FIES), durante todo o período de duração da sua residência médica (de 01/03/2012 a 28/02/2014, conforme declaração de fl. 24), porquanto demonstrou preencher os requisitos legais insertos no artigo 6º-B, parágrafo 3º, da Lei nº 10.260/01, introduzido pela Lei 12.202/2010.

7. Ante o exposto, CONCEDO a segurança pleiteada para, ratificando a liminar concedida às fls. 53/57, determinar a prorrogação do período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil - FIES nº 13.0558.185.0003556-78, durante o período de duração da residência médica da impetrante, contados a partir de 01/03/2012 até 28/02/2014. Remessa obrigatória improvida (g.n.).

[REO 00003014620134058202, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data:24/10/2013 - Página:21].

É de se acolher a pretensão inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial contido neste writ mandamental, com resolução do mérito da causa, na forma do que dispõe o art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, CONCEDO A ORDEM postulada para o fim de determinar a prorrogação do período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil - FIES (contrato nº 19.0192.185.0003634-43) relativo à ora impetrante, até a data prevista para o término do curso de Residência Médica da impetrante (especialidade Pediatria), a se verificar em 28/02/2018 (cf. fls. 14).

Defiro a medida liminar requerida na inicial, e o faço para determinar à autoridade impetrada que, até solução final da lide ou superveniência de deliberação expressa em sentido contrário, *suste* a eficácia dos débitos relativos ao contrato de financiamento aqui em causa.

Arcarão os impetrados com o reembolso das custas processuais à impetrante. Sem honorários, na conformidade das *Súmulas nº 512 do STF e nº 105 do STJ*.

Sujeito a reexame necessário (art. 14, § 1º da Lei nº 12.016/09).

Comunique-se à autoridade impetrada, e ao litisconsorte passivo, por *ofício*.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Ao *SUDP* para a complementação da autuação.

P.R.I.

Botucatu, ____ de setembro de 2016.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

MANDADO DE SEGURANÇA

0003519-75.2016.4.03.6119

Impetrante: ALEXANDRE DE PAULA FRANCO

Impetrados: DIRETOR DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO E UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP

Juiz Federal: ETIENE COELHO MARTINS

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/09/2016

Relatório

Trata-se de mandado de segurança objetivando, inclusive em sede de medida liminar, a anulação do preenchimento da vaga existente no Campus Guarulhos, para o cargo do magistério, área de Educação/Pedagogia, jornada de 20 horas semanais, realizado por meio de seleção interna, bem como a nomeação do impetrante na citada vaga, conforme disposto no edital do concurso nº 50/2014.

A inicial foi instruída com documentos de fls. 23/38.

À fl. 42, decisão postergando a análise do pedido de medida liminar para após a chegada das informações.

Às fls. 45/53, informações prestadas pela autoridade coatora.

Às fls. 55/56, decisão deferindo parcialmente o pleito liminar.

Às fls. 63/65 a autoridade impetrada informou acerca do cumprimento da liminar.

À fl. 67 a União requereu o ingresso no polo passivo, o que foi deferido à fl. 68.

Às fls. 71/74 parecer do MPF pela improcedência do feito.

Às fls. 77/81 petição do impetrante.

Os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório.

Aduz a parte impetrante que realizou concurso público para provimento de cargo de magistério, concorrendo à vaga existente no Campus Guarulhos, Cargo de Magistério, na área de Educação/Pedagogia, com jornada de 20 horas semanais, tendo se classificado em 2º lugar. A vaga ofertada no edital, contudo, foi preenchida pela candidata classificada em 1º lugar, a qual, em seguida, solicitou vacância. A Administração, então, preencheu a vaga por seleção interna, contrariando o disposto no edital que previa a sua destinação somente para provimento, não havendo menção à seleção interna em detrimento aos candidatos aprovados no concurso vigente. Por fim, alega que o preenchimento da vaga por seleção interna fere seu direito subjetivo à nomeação segundo a ordem classificatória.

Por sua vez, a autoridade coatora alegou que *a primeira colocada no concurso tomou posse e entrou em exercício em 01/09/2014*, cumprindo, portanto, o ISFP, a obrigatoriedade editalícia no que tange ao preenchimento da vaga ofertada no concurso público. Ocorre que, após mais de um ano de efetivo exercício no campus, *a servidora foi aprovada em novo concurso público*, para o mesmo cargo, mas em regime de dedicação exclusiva para o campus de Boituva, referente ao edital nº 233 de 17/04/2015, sendo declarado vago o cargo por posse em cargo inacumulável, nos termos da Portaria nº 4.582 de 09/12/2015, publicada no DOU em 11/12/2015. Informou, ainda, que *o termo “processo de seleção interna” refere-se à gestão*

para sanar as necessidades daquele semestre letivo e que, após ser constatada a existência de docentes com qualificação e disponibilidade para atender as demandas do campus, *as aulas foram remanejadas*, não havendo demanda que justificasse a necessidade de contratação de docente.

Pelos fatos narrados acima, a controvérsia se resume ao direito subjetivo do impetrante à sua nomeação ao cargo do qual, em princípio, não estava aprovado dentro do número de vagas, mas que, posteriormente, ainda dentro do prazo de validade do concurso, passou a estar, já que decorreu a vacância e era o segundo colocado.

Em casos de concurso público, há *jurisprudência* firmada no sentido de que o candidato *aprovado fora do número de vagas do edital não tem direito líquido e certo* à sua nomeação em regra. Tal raciocínio se aplica ainda que o cargo venha a ficar vago durante o período de validade do concurso, podendo a Administração não realizar a nomeação. É o caso, por exemplo, de um cargo de professor de uma matéria que eventualmente não será mais oferecida no próximo semestre. Havendo a vacância deste cargo (aposentadoria, demissão, etc), a Administração não se vê obrigada a nomear o próximo candidato (afinal de contas, a matéria foi extinta e, em consequência, o cargo não necessita mais de provimento). A *exceção*, entretanto, ocorre quando o cargo vago é ocupado por um candidato desobedecendo a ordem classificatória, por um servidor comissionado ou por um terceirizado. Neste caso, *ficando latente a necessidade do provimento daquele cargo*, a Administração não pode deixar de nomear candidato aprovado se o concurso ainda estiver em validade. Para ilustrar o aqui argumentado, cito o acórdão abaixo em sede de repercussão geral RE 837.311/PI:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. *IN CASU*, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, *ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresse do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato*. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF);

iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. (...) 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016).

No presente caso, observo que se trata exatamente da exceção. De fato, a vacância do cargo por parte da primeira colocada deixou um vácuo nas atividades por ela desenvolvidas. Isto porque as suas responsabilidades foram remanejadas e divididas entre os demais colegas, pois, tal como informa a autoridade coatora, o citado remanejamento foi possível sem sobrecarregar ninguém, por meio de um “processo de seleção interna” (fl 46). Não obstante o motivo nobre (otimização dos recursos disponíveis), é ponto incontroverso que o provimento do cargo se faz atualmente necessário, já que o remanejamento das atividades a este inerentes foi a saída para evitar um vácuo. Tal como descrito no acórdão acima mencionado, ficou caracterizado o comportamento expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame.

Aqui, destaco a boa intenção da Administração no intuito de otimizar recursos humanos. Contudo, *há lei prevendo o cargo, há lei determinando o seu provimento via concurso e há a necessidade prática de sua ocupação.* O eventual remanejamento se mostra ilegal nas atuais circunstâncias e, se é fato que tais atividades podem ser desempenhadas por outros servidores, deve a Administração requerer a extinção do cargo pela via legal adequada. Desta forma, havendo candidato aprovado dentro do período de validade do concurso e sendo necessário alguém para desempenhar as funções daquele cargo, não há outra opção se não realizar a nomeação, não cabendo juízo de discricionariedade por parte da Administração.

É caso de procedência do pedido concessão da segurança, portanto.

Dispositivo

Diante de todo o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA para determinar que autoridade coatora nomeie o impetrante para ocupar a vaga, reservada por meio da liminar, no Cargo do Magistério, área de Educação/Pedagogia, Campus Guarulhos, Jornada de 20 horas semanais.

Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários, a teor do art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Nos termos do art. 14, §1º, da Lei nº 12.106/09, após o prazo recursal, submetam-se, com nossas homenagens, os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Intime-se a autoridade impetrada, servindo cópia da presente como ofício.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Guarulhos, 31 de agosto de 2016.

Juiz Federal Substituto ETIENE COELHO MARTINS



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (re-messa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- 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